

*monografias*   
série

**PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS  
2018 – Vol. 1**

---

**Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior  
Profa. Dra. Cíntia Garabini Lages  
Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes  
(Organizadores)**

---

**Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior  
Profa. Dra. Cíntia Garabini Lages  
Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes  
(Organizadores)**

**PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS  
2018 – Vol. 1**

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

#### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS 2018 – Vol. 1. Organizadores e Autores.  
Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-  
book PDF. 233p.

ISBN: 978-85-434-1587-1

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

---

*Livro publicado pela*

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: [capasvb@gmail.com](mailto:capasvb@gmail.com)

<http://www.virtualbooks.com.br>

#### **CONSELHO EDITORIAL**

**Prof. Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz**  
(Universidade Vila Velha/ES)

**Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota**  
(Universidade Federal de Goiás/GO)

**Profa. Doutora Clara Cardoso Machado**  
**Jaborandy** (Universidade Tiradentes/SE)

**Prof. Doutor Alceu Maurício Junior**  
(Universidade Vila Velha/ES).

**Prof. Doutor Fabrício Veiga Costa**  
(Universidade de Itaúna/MG)

**Prof. Doutor Deilton Ribeiro Brasil**  
(Universidade de Itaúna/MG)

**Prof. Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira**  
**Pedrosa Morais** (Universidade de Itaúna/MG)

**Prof. Doutor Sérgio Henriques Zandoná Freitas**  
(Universidade FUMEC/MG)

## APRESENTAÇÃO

Mais uma vez apresentamos à comunidade acadêmica a coleção MONOGRAFIAS que reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A proposta colheu bons frutos! A intenção é que haja a continuidade e o aumento, gradativo, do número de trabalhos, como também, da qualidade científica desses.

Assim sendo, a Universidade de Itaúna manterá de maneira sólida o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

Em síntese, é importante destacar que não se tratam de obras-primas da *Jurisprudencia*, ou seja, textos com maturidade científica em nível de excelência acadêmica. Do contrário, os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bacharéis recém-saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**  
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –  
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa**  
**Morais**  
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de  
Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

## SUMÁRIO

### **O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 / 9**

*Andreza Brandão*

### **O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO / 66**

**Pedro Henrique Gonçalves Caetano da Silva**

*Deilton Ribeiro Brasil*

### **A CAPACIDADE CIVIL REVISITADA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA / 118**

*Patrícia Nogueira Oliveira*

*Márcia Pereira Costa*

### **ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO / 188**

*Marina Silva de Oliveira*

*Deilton Ribeiro Brasil*

# O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Andreza Brandão<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho analisa o esboço histórico e evolutivo da assistência judiciária gratuita no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, averiguando como ocorre a assistência ao hipossuficiente hodiernamente, nos processos judiciais. Além da relevância social deste trabalho, tendo em vista que o tema lida diretamente com o acesso à Justiça pelos hipossuficientes assegurado na CRFB/1988 (BRASIL, 1988), o tema escolhido é relevante na medida em que “assistência judiciária”, “justiça gratuita” e “assistência jurídica” não são tratados com a devida significação nas praxias forenses. O estabelecimento deste direito na Constituição Federal de 1988 demonstra que o acesso à justiça, em especial daqueles economicamente mais pobres, por meio da assistência jurídica integral e gratuita, é um importante instrumento de luta pela igualdade material e pela inclusão social, especialmente no ordenamento jurídico do Brasil, país em que a maior parte da população é composta por pessoas de classe média à baixa, sem deixar de mencionar que, tendo o país uma Constituição que garante o amplo acesso à Justiça, sem nenhum tipo de obstáculos, para todas as pessoas, serviços indispensáveis, como a prestação jurisdicional, deveriam ser gratuitos e principalmente céleres e eficientes.

**Palavras-chave:** Justiça gratuita. Novo CPC. Direito fundamental. Acesso à justiça.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho objetiva pesquisar o esboço histórico e evolutivo da assistência judiciária gratuita no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, averiguando como ocorre a assistência ao hipossuficiente hodiernamente, no cenário do Poder Judiciário.

Além da relevância social deste trabalho, tendo em vista que o tema lida diretamente com o acesso ao Poder Judiciário pelos hipossuficientes assegurado na CRFB/1988 (BRASIL, 1988), justifica-se a escolha do tema que, embora faça parte da rotina diária dos juristas, nem sempre lhe é dada a devida importância e muitas vezes as expressões “assistência judiciária”, “justiça gratuita” e “assistência jurídica” são utilizadas equivocadamente como sinônimos. (PASSOS, 2012).

É imprescindível a existência da assistência judiciária, uma vez que é uma garantia constitucional e muito mais que isso, é uma ferramenta de grande valor para que o Estado consiga alcançar a tão almejada igualdade social entre as pessoas. (MASSON, 2016).

Todavia, é de fácil percepção que o Poder Judiciário não conseguiu acompanhar a evolução que viveu o mundo jurídico com o advento da Lei concessiva de gratuidade judiciária, sendo que a facilidade de acesso à justiça está em total disparidade com os órgãos competentes pelo julgamento das demandas. (CAPPELLETTI, 1988).

Outro ponto que merece um olhar crítico é a divergência entre o texto constitucional e o texto da lei de assistência judiciária, sendo que a constituição garante o benefício aos comprovadamente pobres e não aos declaradamente pobres conforme está presente no artigo 4º da lei 1060/50 (BRASIL, 1950), o que leva a crer que a citada lei infraconstitucional não se adequou ao que diz a Constituição, tornando assim de forma mais fácil a

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

concessão do benefício, uma vez que a exigência de requisitos a serem preenchidos é mínima. (CAPPELLETTI, 1988).

Em que pese a importância da gratuidade judiciária, o que se observa na prática, é o aumento no número de pessoas que usam de meios fraudulentos para utilizar-se desse benefício. (CAPPELLETTI, 1988).

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) trouxe em seu texto uma gama de direitos fundamentais e, dentre eles, o direito de acesso à justiça, que visa resguardar o direito das pessoas de buscarem a tutela jurisdicional, que deve ser prestada de forma célere e eficaz, e sem óbices que venham a impedir o referido acesso, como, por exemplo, descabidos e excessivos pedidos de comprovação da efetiva hipossuficiência do jurisdicionado. (LENZA, 2015).

A efetivação de uma ordem jurídica justa está ligada ao direito de acesso à justiça, uma vez que o dito direito é uma garantia constitucional que visa a promoção dos direitos do cidadão. (LENZA, 2015).

Segundo Pereira (2005, pág. 12), “o acesso à justiça é um direito elementar da pessoa, pelo qual acontece a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. Por intermédio do exercício dos direitos humanos e sociais torna praticável o Estado Democrático de Direito”.

Ainda neste sentido, ensina Didier (2016, pág. 19):

Inúmeros óbices há que dificultam, senão efetivamente impedem, o livre acesso do cidadão à ordem jurídica justa. A duração do processo, as formas de tutela jurisdicional dos direitos, as questões sociais, culturais e psicológicas são apenas exemplos de fatores que podem

representar empecilho para que o cidadão exerça seu direito de acesso à justiça.

Embora muito controverso, o tema da gratuidade judiciária deve ser amplamente debatido, e o fruto desses debates levará ao desenvolvimento de uma justiça mais eficiente e justa para todos que dela necessitem. (CAPPELLETTI, 1988).

Trata-se de uma pesquisa descritiva que, devido à extensão do assunto quantidade de material encontrado a seu respeito, os dados a serem levantados e utilizados serão de natureza secundária, quais sejam, doutrina e jurisprudência, e também serão usados como fonte de pesquisa, como artigos científicos e publicações de resultados de pesquisas, que tenham o condão de auxiliar e melhor desenvolver um raciocínio pautado na realidade forense.

## **2 O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

Analisa-se neste capítulo os aspectos históricos e evolutivos da assistência judiciária, apresentando suas principais características e destinatários.

### **2.1 Aspectos históricos, cronológicos e sociais da Lei da Assistência Judiciária**

O Direito brasileiro sofreu grande influência pela colonização portuguesa, tanto é que, durante muito tempo aplicaram-se as leis que vigoravam em Portugal: as ordenações Afonsinas (até 1521), as Manuelinas (1521-1603), e as Filipinas (1603 -1916). (*apud* PASSOS, 2012).

Passos (2012) aponta que a assistência judiciária no Brasil surgiu por intermédio das Ordenações Afonsinas, que faziam menção à isenção das custas do agravo, além de que estabelecia que os pobres estavam dispensados de

depositar a caução na hipótese de ser arguida a suspeição, mas precisavam provar seu estado de pobreza por meio de testemunhas.

Mais à frente, o Código Criminal do Império após as alterações legais ocorridas por meio da Lei n.º26 de 3 de dezembro de 1841 (BRASIL, 1841), passou a prever que proteção jurídica aos mais pobres ao estipular uma isenção parcial das custas processuais. (*apud* PASSOS, 2012).

Em 1842, o Regulamento n.º120 de 31 de janeiro (BRASIL, 1842) isentava parcialmente os hipossuficientes do pagamento de custas processuais. Contudo, foi somente a partir de 1870 que as ideias referentes à prestação de assistência judiciária gratuita começaram a tomar força, através do jurista Joaquim Nabuco. (*apud* PASSOS, 2012)

Após várias iniciativas e tentativas para fixar a assistência judiciária no ordenamento jurídico, o instituto fora reconhecido pela Constituição de 1934 (BRASIL, 1934)<sup>2</sup> que assim previa:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Em 1937, com um novo assento Constitucional, houve uma omissão em relação à assistência judiciária,

---

2.[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

entretanto, o instituto não ficou completamente esquecido, haja vista que a partir de 1939 o Código de Processo Civil – Decreto-Lei n.º1.608 (BRASIL, 1939, *online*)<sup>3</sup> de 1939, estabelecia algumas regras sobre o assunto:

## CAPÍTULO II DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas;

V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.

Art. 69. O benefício de gratuidade é personalíssimo, extinguindo-se com a morte do beneficiário; poderá, entretanto, ser concedido aos herdeiros que continuarem a demanda, verificadas as condições previstas neste capítulo.

Art. 70. O benefício de gratuidade será concedido a estrangeiro quando este

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)

residir no Brasil e tiver filho brasileiro, ou quando a sua lei nacional estabelecer reciprocidade de tratamento.

Art. 71. O benefício de justiça gratuita abrangerá todas as instâncias, estendendo-se à execução da sentença.

Art. 72. A parte que pretender o benefício de gratuidade mencionará, na petição, o rendimento ou vencimentos que percebe e os seus encargos pessoais e de família.

Parágrafo único. Quem, para este efeito, prestar declarações falsas, será punido na forma da lei penal.[...].

Assim sintetiza Masson (2016, p.1026):

No Brasil, a assistência gratuita aos mais pobres foi constitucionalizada na Carta de 1934, sendo suprimida no documento constitucional posterior (Constituição do Estado Novo, de 1937), fruto de um hiato constitucional. Tal ausência foi amenizada pela previsão de assistência judiciária no Código de Processo Civil de 1939.

No plano constitucional, a assistência judiciária passou a ser abordada novamente pela Constituição (BRASIL, 1946, *online*) de 1946, que embora de maneira mais sutil e tímida, assim determinava:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. [...].

Em 1950, com o advento da Lei n.º 1.060 (BRASIL, 1950, *online*), a assistência judiciária passava a ser regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante tenha recebido diversas críticas da doutrina e da jurisprudência pela falta de técnica jurídica na elaboração do texto e no tratamento dos institutos. Os artigos 1º e 9º assim estabelecem, respectivamente:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

[...]

Art. 9º. Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias.

A propósito:

Na Constituição democrática de 1946, a assistência judiciária gratuita retoma seu status constitucional, tendo sido sob a égide deste documento constitucional a edição, em 05 de fevereiro de 1950, da Lei nº 1.060, que trata da prestação de assistência judiciária aos necessitados. Segundo esta, o direito era acessível àqueles que apresentassem uma declaração de insuficiência de recursos ou de sua condição de miserabilidade e esta restaria comprovada. Mas com a modificação engendrada pelo texto da Lei nº 7. 115/1983 exige-se que o cidadão, quando requisitar o auxílio da defensoria, comprove efetivamente sua incapacidade

de arcar com os custos. (MASSON, 2016, p.1024).

O objetivo da Lei n.º1060/50 (BRASIL, 1950) era promover o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário pelos menos favorecidos economicamente, uma vez que o pagamento das custas processuais poderiam causar prejuízos ao seu próprio sustento e ao sustento de sua família. (PASSOS, 2012).

A Lei 1060/50 (BRASIL, 1950) é clara ao dispor que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (PASSOS, 2012).

Ainda de acordo com a citada lei presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar esta condição. Ante a afirmação de pobreza, cabia à parte contrária o ônus de provar que o adversário poderia pagar, além das despesas relativas a seu sustento, aquelas concernentes ao processo. (PASSOS, 2012).

O direito à Assistência Judiciária Gratuita decorria da impossibilidade do pagamento, pela parte, das custas do processo e dos honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, não sendo necessário que a parte fosse miserável para fazer jus ao benefício. (PASSOS, 2012).

Posteriormente, o tema fora tratado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) de 1988, que assim estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...].

O estabelecimento deste direito na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) demonstra que o acesso à justiça e especialmente o acesso à justiça à população economicamente mais pobre, por meio da assistência jurídica integral e gratuita, apresenta-se como um importante instrumento de luta pela igualdade material e pela inclusão social. (MEDEIROS, 2011)

Com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015, *online*), derogou-se a Lei n.º1060/50 (BRASIL, 1950), que assim passou a prescrever nos arts. 98 e 99:

#### Seção IV

##### Da Gratuidade da Justiça

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguiu-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução

percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3o a 5o, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1o, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1o, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6o deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4o, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

O Novo CPC (BRASIL, 2015) terminou por sintetizar o que a jurisprudência já havia consolidado ao longo do tempo, como o deferimento da Assistência Judiciária Gratuita à pessoa jurídica, etc. O novo regramento processual determina que a concessão do benefício deve se concentrar apenas na insuficiência ou não de recursos do Requerentes, promovendo assim, o direito à isonomia. Além disso, também se promoveu a desburocratização do acesso à concessão Assistência Judiciária Gratuita, uma vez que o pedido pode ser feito em qualquer momento processual, acompanhado de qualquer petição ou manifestação. (BRASIL, 2015)

Mais adiante serão analisadas detalhadamente as disposições constitucionais vigentes acerca da assistência

judiciária, assim como as demais normas infraconstitucionais sobre o assunto.

### *2.1.1 Distinção entre assistência judiciária gratuita, assistência jurídica e justiça gratuita*

Conforme mencionado na introdução deste trabalho, muitas vezes, na prática forense, os termos “assistência judiciária”, “assistência jurídica” e “justiça gratuita” são usados como sinônimos, não obstante sejam institutos distintos. (PASSOS, 2012).

A confusão é maior com os termos assistência judiciária e justiça gratuita, uma vez que a própria lei nº 1.060 de 1950 aplica as duas expressões para definir a mesma coisa e os utilizam, diversas vezes, como sinônimos no texto legal. (PASSOS,2012).

Assistência judiciária e justiça gratuita não são a mesma coisa. Benefício da Justiça gratuita diz respeito à dispensa provisória de despesas processuais, sendo instituto de direito pré-processual. (PASSOS, 2012).

Já a assistência judiciária é um instituto do Direito Administrativo, dependendo seu deferimento ou indeferimento da decisão de um juiz competente, de acordo com a lei. Na maioria das hipóteses, as confusões que ocorrem em relação à nomenclatura destes institutos derivam da própria atecnia legal. (PASSOS, 2012).

Outrossim, ainda há divergência quanto o conceito de assistência judiciária. Outros autores entendem que o termo assistência judiciária refere-se ao patrocínio gratuito da causa por advogado, ou seja, é a defesa do litigante, em juízo, por parte de advogado, entidade não estatal, conveniados ou não com o poder público, oferecidos pelo Estado. Nesse sentido é o ensinamento de Bruno Zilberman Vainer em sua obra “Assistência Judiciária Gratuita: um desafio de nosso tempo”.

Em nosso entender, a assistência judiciária gratuita, via de regra, é a assistência técnica prestada por profissional legalmente habilitado (o advogado), em juízo. É o serviço gratuito que a Constituição coloca a todos aqueles que comprovem insuficiência de recursos. (VAINER, 2004, p.229)

Por fim, cumpre diferenciar a assistência jurídica. O termo assistência jurídica é mais amplo e engloba os demais, uma vez que envolve também serviços jurídicos não relacionados ao processo, ou seja, extrajudiciais, tais como orientações aos assistidos, esclarecimento de dúvidas e também em programas que visam prestar informações a toda uma coletividade. Em outras palavras, Bruno Zilberman Vainer afirma que, “[...] a assistência jurídica é aquela que pode ocorrer em juízo ou fora dele, é toda e qualquer assistência lato sensu, para qualquer ato, não só para os atos envolvendo o Poder Judiciário.” (VAINER, 2004,p.229).

Na seara doutrinária, Medeiros (2013) afirma que a assistência jurídica abrange a assistência judiciária e a justiça gratuita, apresentando uma concepção mais abrangente, englobando todas as iniciativas do Estado neste sentido.

Em que pese ser pertinente a diferenciação, o presente trabalho volta-se à análise do benefício da assistência judiciária e da justiça gratuita como um todo, ressaltando-se ainda que, via de regra, quando há a concessão de um haverá a concessão do outro, vez que ambos pautam-se na hipossuficiência. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

## 2.2 Análise do contexto em que se insere o benefício da assistência judiciária

A obtenção do direito de litigar sob o pálio da justiça gratuita está ligada intimamente à condição financeira de cada indivíduo, ou seja, somente deve conceder-se o benefício às pessoas que não possuem meios de litigar sem comprometer a sua própria subsistência ou da sua família. (CUNHA, 2017).

O poder econômico das pessoas é fator determinante para verificar se elas possuem ou não meios para manter-se financeiramente. O contexto econômico em que a pessoa encontra-se inserida, bem como a situação vivida pelo seu país, estado e município também influenciam no seu poder monetário, logo, se seu país vive um crescimento econômico isso influenciará positivamente sua economia particular, ao passo que se na região onde vive impera pobreza, possivelmente sua condição financeira não será tão favorável. Todavia, não existe uma regra fixa que visa determinar coletivamente quem é pobre ou não, sendo necessária e mais acertada uma análise particular do indivíduo. (CUNHA, 2017).

Feitas tais considerações necessário se faz a observação do perfil da pessoa que requer o benefício da justiça gratuita sob duas óticas. A primeira forma de análise será de modo macroscópico, observando a sociedade como um todo e a coletividade de pessoas que a ela compõe. A segunda forma de análise por sua vez é a concentrada na pessoa a ser beneficiada pela concessão do benefício. Esta visão é dada a partir da visualização da pessoa que requer o benefício em particular, bem como da região onde vive e dos seus costumes e características atinentes às demandas processuais. (CUNHA, 2017).

### 2.2.1 *Análise do contexto geral*

Ao fazer uma análise do contexto geral tendo como objetivo a população brasileira, compreendidos em tal contexto todos os que a formam, pessoas naturais e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, e sua condição financeira visualiza-se que a condição econômica do brasileiro melhorou significativamente nos últimos anos. (CUNHA, 2017).

Prova disso é o aumento do poder aquisitivo da população, bem como o surgimento de novas classes sociais que emergiram da pobreza absoluta. (CUNHA, 2017).

Pode soar estranho aos nossos ouvidos a afirmação de que o brasileiro teve uma melhora significativa na sua condição financeira, haja vista a quantidade de miséria e pobreza presenciada em algumas regiões, porém a melhora na economia não necessariamente implica em melhora para todos, mas sim para uma parcela da população, podendo ocorrer de forma mais significativa em determinados casos. (CUNHA, 2017).

Estudos realizados pelo Governo Federal entre os anos de 2001 e 2012 afirmam que a população mais pobre do país foi quem teve maior aumento na sua renda per capita nos últimos 10 anos:

O crescimento econômico da última década beneficiou de forma mais significativa a população de renda mais baixa, contribuindo para reverter a histórica desigualdade no País. Entre 2001 e 2012, a renda dos 20% mais pobres aumentou em ritmo três vezes maior do que a dos mais ricos (6,2% ao ano em média acima da inflação ante 2,0% de aumento para os mais ricos). A renda média domiciliar per capita mensal dos 20% mais pobres passou de R\$ 101 em

2001 para R\$ 195 em 2012. (BRASIL, 2013, pág. 13).

A situação econômica brasileira é inferior à dos países desenvolvidos, com PIB maior e maior circulação de bens e mercadorias, porém é inevitável dizer que uma melhora significativa ocorreu. (CUNHA, 2017).

Considerando que no cenário brasileiro atual, tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, além de serem detentoras do direito de concessão do benefícios da assistência judiciária gratuita, detém maior poder econômico, por que as demandas judiciais ainda continuam a ser permeadas de pedidos de assistência judiciária? Se houve melhora da condição financeira, isso não deveria implicar, mesmo que de forma singela, na diminuição da quantidade de benefícios de assistência judiciária? (CUNHA, 2017).

Desta maneira, entende-se que, muito embora o direito de acesso à justiça seja uma garantia constitucional, uma análise da real condição financeira do jurisdicionado deveria ser implementada pelos tribunais, com o fim de conceder o benefício tema do presente do trabalho àqueles que dele realmente necessitam, possibilitando, assim, um acesso mais justo à tutela jurisdicional.

### 2.2.2 *Análise individualizada*

Como já foi dito a análise individual do requerente do benefício da assistência judiciária gratuita deveria alcança-lo de forma pessoal, verificando as características processuais e econômicas da sua região e do contexto jurídico em que está inserido. (CUNHA, 2017).

A análise pessoal é a forma mais acertada para aferir-se a real necessidade econômica da pessoa requerente do benefício da justiça gratuita, porém o tipo de análise a ser desenvolvido nesse tópico não se refere a

análise feita pelo juiz em relação ao pedido, mas sim a análise que visa entender o motivo pelo qual os indivíduos, em geral, utilizam-se do benefício da justiça gratuita sem dela necessitar. (CUNHA, 2017).

Cada região do nosso país é marcada pelas suas peculiaridades históricas, climáticas, geográficas e econômicas. O Brasil é um país de território vasto, o que favorece a diversificação da população e também o surgimento de costumes jurídicos próprios de cada povo. (CUNHA, 2017).

Nas regiões mais pobres percebe-se um “cenário jurídico” menos complexo, onde as demandas não possuem grandes valores envolvidos nem mesmo grandes interesses coletivos. Isso se dá devido à pouca circulação de bens e serviços nesses locais, bem como a pobreza da população. (CUNHA, 2017).

Noutro vértice, as regiões que englobam grandes centros econômicos possuem um Judiciário mais encorpado, haja vista a quantidade de demandas e a relevância dos interesses que se encontram nessas causas. (CUNHA, 2017).

A afirmativa aqui exposta não deve levar a crer que a justiça prestada em locais de menor concentração de demandas é pior ou menos importante que aquela prestada em grandes centros econômicos, haja vista todas envolverem bens jurídicos pessoais e relevantes para cada demandante. (CUNHA, 2017).

Importante ressaltar que a economia da região pode influenciar a economia da pessoa que ali vive, haja vista que fatores como o crescimento da infraestrutura, instalação de indústrias e crescimento na oferta de empregos, favorece a população no que se refere à economia própria. (CUNHA, 2017).

Porém nada impede que haja dentro de um grupo de pessoas relativamente pequeno, a existência de disparidade econômica. Daí necessária se faz a análise da

pessoa em questão, com a finalidade de observar sua real condição financeira. (CUNHA, 2017).

Além da análise pessoal, importante é a análise dos costumes jurídicos pertencentes a cada região. Uma região em que os benefícios da justiça gratuita são deferidos a qualquer pessoa sem o mínimo de análise a condição financeira de cada um faz com que a população se habitue, ou seja, torne senso comum que o processo será gratuito a todos, em tese. Dessa forma todas as demandas passaram a conter pedidos de concessão do benefício da justiça gratuita e caso comecem tais pedidos a serem negados isso gerará estranheza e repercutirá de forma negativa, soando ao povo como um impedimento ao acesso à justiça. (CUNHA, 2017).

Por fim imperioso se faz dizer que o benefício da justiça gratuita deve servir também à sua finalidade social, ou seja, deve ser concedido à parte hipossuficiente, a fim de proporcionar que esta litigue em igualdade com a parte contrária. (CUNHA, 2017).

Nesse caso a análise da situação financeira das partes é de suma importância facilitando a promoção da justiça e evitando que o poder Judiciário incorra em erro, uma vez que não concedido o benefício da assistência judiciária gratuita à parte que dela realmente necessite, poderão ocorrer erros que culminem na ocorrência de danos irreparáveis a esta parte. (CUNHA, 2017).

Interessante destacar que a forma como ocorre a concessão do benefício da justiça gratuita no ordenamento jurídico brasileiro é bastante criticado, haja vista que o que era para ser tornar uma exceção terminou por se tornar um costume, especialmente em razão da ausência de parâmetros claros sobre as condições que fundamentam o não recolhimento de custas. (ALVES; TENENBLAT, 2015)

### 3 A ABRANGÊNCIA DO BENEFÍCIO

O acesso à justiça, entendido como o direito a acessar a uma ordem jurídica justa, efetiva e capaz de oferecer uma resolução a um problema, demanda custos para os envolvidos na prestação da justiça, entretanto, estes custos não podem ser fatores, por si só, para impedir o acesso à prestação jurisdicional. Assim, foram criados e implantados mecanismos como a assistência judiciária e a justiça gratuita, para garantir o acesso à justiça àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas processuais. (CUNHA, 2017).

Analisa-se neste capítulo quem são os possíveis beneficiários da assistência judiciária, de acordo com a lei vigente e algumas peculiaridades da assistência judiciária e da justiça gratuita.

#### 3.1 O rol do art. 98 §1º do CPC

Infere-se que o art.98 do NCPC – Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), trouxe uma ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela justiça gratuita, em relação ao art. 2º, caput, da Lei n.º1.060/50 (BRASIL, 1950, *online*), que assim dispunha:

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.  
Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O NCPC (BRASIL, 2015, *online*) assim dispõe:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido. [...].

Conforme se depreende, continuam sendo potenciais beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, mas sem a necessidade que tenham residência no país, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (NEVES, 2017)

RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PESSOA ESTRANGEIRA RESIDENTE NO EXTERIOR - ART. 2º, LEI 1.060/50 REVOGADO PELO NOVO CPC - NORMA PROCESSUAL - APLICAÇÃO IMEDIATA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Hipótese: Trata-se de pedido de concessão do benefício da justiça gratuita por estrangeiro residente no exterior, o qual fora negado pelas instâncias ordinárias ao fundamento de que se trata de pessoa estrangeira não residente no país.

1. O artigo 2º da Lei 1.060/50 fora revogado pelo Novo Código de Processo Civil, cuja matéria passou a ser disciplinada no artigo 98 do CPC/2015, in verbis: "A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

1.1. Trata-se de norma de direito processual, portanto, a sua incidência é imediata, aplicando-se aos processos em curso, consoante dispõe o artigo 14 do CPC/2015.

2. Em que pese à época da apreciação da matéria pelo Tribunal de piso, a legislação em vigor não prever a possibilidade de concessão da assistência judiciária ao

estrangeiro residente no exterior, com a vigência das novas regras processuais passou-se a admitir tal hipótese.

2.1. O caput do artigo 98 do Código de Processo Civil vigente ampliou o rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da assistência judiciária, em relação ao disposto no revogado artigo 2º da Lei 1.060/50. **Portanto, não há qualquer impeditivo legal à pessoa estrangeira residente no exterior de postular a assistência judiciária gratuita e ter seu pedido apreciado pelo juízo.**

2.2. A análise dos demais requisitos exigidos pela legislação para obtenção do benefício devem ser aferidos pelas instâncias ordinárias, visto que o presente apelo fora proposto nos autos de agravo de instrumento.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1225854/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 04/11/2016) (BRASIL, 2016, *online*)<sup>4</sup> (grifo nosso).

A possibilidade de a pessoa jurídica ser beneficiária da assistência judiciária não derivou, necessariamente, da lei, mas sim da jurisprudência, haja vista que já era uma realidade que vinha ocorrendo na prática, até a edição do CPC/15 (BRASIL, 2015). "Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse nesse sentido. O

---

4. [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?proce](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?proceso=1225854&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru)

sso=1225854&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tru

e

entendimento foi legislativamente consagrado no §3º do art. 99 do NCPC”. (NEVES, 2017, p.297)

A súmula n.º481 do Superior Tribunal de Justiça assim expressa: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. (Súmula 481, Corte Especial, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012) (BRASIL, 2012, *online*).<sup>5</sup>

Ressalte-se que a gratuidade de justiça é um benefício pessoal, ou seja, não é possível estendê-lo a quaisquer litisconsortes ou sucessores do beneficiado. Desta forma, cada interessado deve fazer seu próprio pedido e comprovar que preenche os requisitos para sua concessão. (NEVES, 2015).

### 3.1.1 O benefício da gratuidade

Como regra, as partes devem arcar com as custas processuais das atividades que promovem, antecipando-lhe o respectivo pagamento ou à medida que ocorre a marcha processual. Entretanto, quando a parte não possui meios econômico-financeiros de arcar com estas custas, passa a ser possível requerer o benefício da assistência judiciária. (THEODORO JR., 2016).

Para a concessão do benefício da gratuidade é imprescindível que se comprove a hipossuficiência de recursos da para o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Ocorre que, o NCPC (BRASIL, 2015) não traz o conceito de insuficiência de recursos, e com a revogação do art. 2º da Lei n.º1.060/50 (BRASIL, 1950), tornou-se ainda mais difícil definir quem preenche os requisitos para a

concessão do benefício da justiça gratuita. No entanto, alguns doutrinadores explanaram seus entendimentos acerca do conceito de hipossuficiência financeira. Neves (2017), por exemplo, entende que a insuficiência de recursos “se associa ao sacrifício para manutenção da própria parte ou de sua família na hipótese de serem exigidos tais adiantamentos”. (NEVES, 2017, p.298)

O benefício da justiça gratuita assim compreende, conforme descrito sucintamente nas alíneas abaixo:

- a) as taxas ou custas judiciais (inciso I);
- b) os selos postais (inciso II);
- c) as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios (inciso III);
- d) a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse (inciso IV);
- e) as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais (inciso V);
- f) os honorários do advogado e do perito, e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira (inciso VI);
- g) o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução (inciso VII);
- h) os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (inciso VIII);
- i) os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação

---

5 <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>

de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido (inciso IX). (BRASIL, 2015)

Sem correspondente na Lei antecessora, o inciso VII fora incluído no âmbito da justiça gratuita, para isentar de custas com elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução. (NEVES, 2017).

É muito importante ressaltar, que conforme a necessidade do requerente, a justiça gratuita pode ser parcial ou total, podendo ser concedida a algum ou a todas as despesas processuais. É ainda interessante destacar que o juiz poderá, até mesmo, parcelar as despesas processuais que o beneficiário tiver que adiantar no curso do procedimento, conforme termos do art.98, § 6º, do NCPC (BRASIL, 2015)

### **3.2 Depósitos judiciais não abrangidos pela gratuidade**

Em comparação com a Lei n.º1.060/50 (BRASIL, 1950), o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) inova ao prever como abrangidas pela justiça gratuita as despesas processuais relativas aos depósitos previstos em lei para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício do contraditório e da ampla defesa. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

Em determinadas situações a lei prevê a obrigação do interessado em realizar depósito judicial como requisito de admissibilidade do ato processual, exceto as hipóteses e exigência de depósito prévio do valor devido para a propositura de ação anulatória de débito fiscal, consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

Serão analisadas adiante algumas hipóteses de depósitos judiciais que não estão albergados pela assistência judiciária gratuita.

#### *3.2.1 Caução para o cumprimento provisório*

O art. 520, IV, do NCPC (BRASIL, 2015, *online*) assim dispõe:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

[...]

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

Desta forma, a assistência judiciária gratuita é inaplicável nesta hipótese, onde é exigida caução para o cumprimento provisório de sentença. Neste caso, entende-se que a exigência de caução não constitui óbice para o exercício do direito de ação, de recurso ou de defesa, mas ao contrário, serve para assegurar que aquele contra quem se pede o cumprimento provisório possa obter reparação, caso se demonstre, ao final, que é merecedor da tutela jurisdicional. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

A doutrina pondera, entretanto, que:

Apenas eventualmente a exigência de caução pode implicar um esvaziamento do direito a tutela de mérito num prazo razoável (art. 4º, CPC). Se isso ocorrer, a caução do art. 520, IV, pode ser dispensada. Mas essa possibilidade de dispensa não se vincula a condição de beneficiário da gratuidade; vincula-se a

satisfação de uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 521. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 47).

Ou seja, pode-se afirmar que o motivo de a parte ser beneficiária da gratuidade não fará que a mesma seja dispensada de prestar caução na hipótese do cumprimento provisório de sentença, salvo se encontrar em uma das hipóteses do art. 521 do NCPC (BRASIL, 2015, *online*):

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo do art. 1.042;

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Ressalte-se, entretanto, que a hipótese do inciso II, do art. 521 não se confunde com “insuficiência de recursos”, que significa que o sujeito não disponha de capacidade para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios”, ou seja, é uma proteção ao hipossuficiente que não se confunde com a assistência judiciária. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

### 3.2.2 Caução para concessão de tutela de urgência

O art.300, do NCPC (BRASIL, 2015, *online*), assim dispõe:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Nesta hipótese, a concessão da assistência judiciária gratuita condiciona-se à demonstração da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do procedimento judicial.

A propósito:

O perigo de dano e risco ao resultado útil do processo devem ser lidos como "perigo na demora" para caracterização da urgência - essa leitura permitirá uma adequada compreensão da técnica processual à luz da tutela dos direitos [...] A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica

- que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. Para bem valorar a probabilidade do direito, deve o juiz considerar ainda: (i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e, (iv) a própria urgência alegada pelo autor." (MARINONI, 2016, p. 209 e 213).

Sendo o caso de tutela de urgência, a caução poderá ser dispensada quando, conforme o caso, o juiz entender e constatar que a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, sendo esta uma forma de proteção ao hipossuficiente, visando não frustrar uma possível concessão de tutela de urgência, uma vez que a prestação de caução poderia se tornar demasiadamente difícil para a parte, em razão da escassez de recursos próprios, de forma a inviabilizar a concessão do pedido formulado. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

### 3.2.3 Depósito de despesas e honorários para repositura de processo extinto sem resolução de mérito

Outra hipótese que merece destaque é o disposto no art. 92 do CPC (BRASIL, 2015, *online*) que afirma assim: "Quando, a requerimento do réu, o juiz proferir sentença sem resolver o mérito, o autor não poderá propor novamente a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários a que foi condenado".

Conforme se infere, a concessão da gratuidade ao autor, no segundo processo não o dispensa do depósito de

despesas e honorários a que foi condenado.

Segundo Didier Jr. e Oliveira (2016, p.48)

Se o autor não era beneficiário da gratuidade no primeiro processo - justamente aquele que foi extinto sem análise do mérito a requerimento do réu - e ali foi condenado ao ressarcimento de despesas e ao pagamento de honorários de sucumbência, devesse providenciar o seu pagamento ou depósito, nos termos do art. 92, ainda que, no segundo processo, venha pleitear e obter o benefício da justiça gratuita.

Tal fato se justifica porque eventual concessão da assistência judiciária no segundo processo apenas gera efeitos para frente, ou seja, *ex nunc*, e estender o benefício dispensando-o do depósito geraria uma eficácia retroativa, atingindo uma situação já consolidada. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

A situação é diversa no caso em que o autor já era beneficiário da assistência judiciária no primeiro processo. Nesta situação, o réu somente pode invocar o impedimento do art. 92 do NCPC se comprovar que aquele beneficiário obteve fortuna dentro de cinco anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida no primeiro processo. (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016).

### 3.3 O beneficiário sucumbente

Diverso do ônus de antecipar as despesas dos atos processuais é a obrigação que resulta para a parte vencida (sucumbente) de ressarcir à vencedora todos os gastos que antecipou, bem como o pagamento de custas e despesas remanescentes, além dos honorários devidos ao advogado da parte que obteve êxito na demanda. (THEODORO JR., 2016).

Qualquer que seja a natureza da sentença, sempre haverá uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência, formando um título executivo a favor daquele que ganhou a causa. (THEODORO JR., 2016).

No Código anterior, a condenação às despesas processuais era feita em cada incidente e a verba advocatícia ficava relegada para a sentença. O novo Código só fala de condenação do vencido ao pagamento das despesas antecipadas pelo vencedor, bem como dos honorários de seu advogado, como ato integrante da sentença (arts. 82, § 2º, e 85). O regime atual, destarte, é o de que o ressarcimento das despesas adiantadas para os diversos incidentes e diligências pelo vencedor só seja objeto de decisão por ocasião da sentença. (THEODORO JR., 2016, p.404).

Ressalte-se, todavia, que o benefício da assistência judiciária, seja ele integral ou parcial, não poderá ser deferido, como regra geral, para afastar a responsabilidade definitiva do interessado quanto ao dever de sucumbência, não podendo pedir o benefício, em recurso, para tentar afastá-lo, no caso de processos que seguem o procedimento comum. (THEODORO JR., 2016).

#### **4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO**

Analisa-se neste tópico como está prevista a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita na legislação brasileira, comparando os dispositivos que tratam do assunto.

#### **4.1 Divergência entre a CRFB/88 e a Lei nº 1060 de 1950**

O acesso à justiça é cláusula de direito fundamental prevista no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), que assim estabelece: “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Portanto, toda pessoa tem direito ao acesso ao processo justo, por meio de uma jurisdição imparcial para que seja possível a tutela de seus direitos, considerando as características do caso. (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2016).

Medeiros (2011) ressalta, todavia, que embora haja a enunciação da assistência jurídica integral e gratuita da Constituição Federal de 1988, tal fato, por si só, não condiz com sua imediata efetivação, que encontra diversos obstáculos em questões sociais, culturais, políticas, etc.

Entretanto, muitos fatores acabam dificultando ou até mesmo impedindo o livre acesso do cidadão à justiça ou à ordem jurídica justa, como as questões sociais, culturais, etc., e até mesmo o custo do processo pode se tornar, não raras vezes, um empecilho para o acesso à justiça. (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2016).

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 previu, igualmente, no art. 5º, LXXIV, o direito à assistência jurídica integral e gratuita, conforme já abordado neste trabalho: “Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que **comprovarem insuficiência de recursos.**” (BRASIL, 1988, *online*, grifo nosso).

O constituinte sabiamente compreendeu que, para ofertar situação de igualdade para todos os jurisdicionados era necessário, primeiramente, garantir meios mínimos para ingressar na Justiça, como forma de promover o equilíbrio entre os jurisdicionados. (DIDIER JR., OLIVEIRA, 2016).

Com o advento da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988 infere-se que houve uma superação da Lei 1060/50 (BRASIL, 1950, *online*), que até então está vigente, parcialmente. O seu artigo 1º com as alterações posteriores assim estabelece:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986).

Na perspectiva constitucional, o referido artigo não possui nenhuma utilidade, por reproduzir, em menor extensão, um comando que se apresenta muito maior na Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988. (SILVA, 2016).

Ademais, superada já está a questão entre o termo “[...] dos que comprovadamente comprovarem insuficiência de recursos” utilizado pela CF/88 (BRASIL,1988, *online*) e a mera necessidade de apresentação de declaração que ateste que o requerente do benefício se enquadre no requisito disposto pelo parágrafo único do art. 2º da lei 1.060/50 (BRASIL,1950), vez que referido dispositivo foi revogado pela Lei 13.105/15, o Novo CPC (BRASIL, 2015), e ainda que a jurisprudência já se encontra pacífica no sentido de que a condição de hipossuficiência deve ser comprovada, quando o juízo entender necessário para conceder o referido benefício. Ou seja, em regra não é mais necessário apresentar declaração afirmando a hipossuficiência de recursos, bastando o simples requerimento nos autos.

## 4.2 A Lei n.º13.105/2015 – O Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13105/2015 (BRASIL, 2015) trouxe uma ampliação do rol de sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da assistência judiciária através do seu art.98, quando comparado ao art.2º da derogada Lei 1060/50. (BRASIL, 1950) A doutrina entende que o rol constante no art.98 do NCPC trata-se de um rol meramente exemplificativo. (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016).

Esse é o pensamento que mais se harmoniza com a ideia constitucional de assistência jurídica integral de que fala o art. 5º, LXXIV, da Constitucional Federal. Com efeito, a parte que é carente de recursos, para que possa gozar plenamente do livre acesso a justiça (art. 5º, XXXV, CF), devera contar com meios legais de transpor o óbice financeiro do processo. (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016, p.28).

O NCPC (BRASIL, 2015) também deixou expresso que a concessão do benefício da assistência judiciária está condicionada à hipossuficiência de recursos da parte para pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no caso concreto.

A propósito:

[...] A gratuidade, portanto, compreende as custas e as taxas judiciais, os selos postais, as despesas com publicação na imprensa oficial (na realidade, nesse caso não há custo, mas sim uma preterição de publicação por órgão privado), a indenização devida a testemunha (mesmo a parte que não é beneficiária está isenta do pagamento de diária em razão do

múnus público da testemunha, de forma que a isenção deve ser compreendida quanto às despesas da testemunha para comparecer à audiência), e as despesas com a realização de exames considerados essenciais, inclusive, mas não somente, de código genético (DNA). (NEVES, 2015, p.108).

Frise-se que a alegação do requerente acerca da insuficiência de recursos presume-se verdadeira; entretanto, conforme elementos constantes dos autos, poderá o juiz, antes de indeferir o pedido, intimar à parte para que comprove o preenchimento dos requisitos.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JURÍDICA - ART. 5º, LXXIV, CF - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - ART. 99, §3º, CPC/2015 - INDEFERIMENTO DE PLANO: FUNDADAS RAZÕES: INEXISTÊNCIA - RENDA MENSAL MODESTA - GARANTIA DE ACESSO À MÁQUINA JUDICIÁRIA. Nos termos do disposto no art. 99, §3º, do CPC/2015, "presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural." **O Juiz somente poderá indeferir o pedido de concessão do benefício da Assistência Judiciária "se houver nos autos elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade" (art. 99, §2º, CPC/2015).** "Quando a análise, de plano, do patrimônio do espólio não indica a possibilidade financeira, mas apenas econômica, sem liquidez imediata, é possível o deferimento do benefício da assistência

judiciária gratuita, reservando-se contraprova para eventual apresentação de incidente processual pela parte contrária." (TJMG - AI: 10582130013466001). - É do jurisdicionado a opção de ingresso com ação no Juizado Especial cível ou na Justiça Comum, não podendo tal faculdade condicionar-lhe o deferimento ou indeferimento do benefício da Assistência Judiciária. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.077506-8/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/03/2018, publicação da súmula em 12/03/2018) (grifo nosso). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)  
AGRAVO DE INSTRUMENTO - AJUIZAMENTO NO JUIZADO ESPECIAL OU NA JUSTIÇA COMUM - OPÇÃO DO AUTOR. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INDÍCIOS DE CAPACIDADE FINANCEIRA - INDEFERIMENTO. Trata-se de faculdade da parte o ajuizamento da ação na Justiça Comum ou no Juizado Especial, sendo que, mesmo que causa em questão seja de menor complexidade, optando o autor por aquele Juízo não se pode obrigá-lo às restrições procedimentais impostas na Lei 9.099/95, quando possível a sua pretensão através das disposições previstas no Código de Processo Civil. **Se a parte requerente demonstra possuir condições de arcar com as custas do processo, deve-se indeferir o pedido de justiça gratuita.** (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.064920-6/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/12/2017, publicação da súmula em 19/12/2017) (grifo nosso). (MINAS GERAIS, 2017, *online*).

Com a concessão do benefício, a parte estará dispensada de adiantar taxas ou custas judiciais, que são expressões sinônimas, representando o valor que se deve ao Estado pela prestação do serviço judiciário, tendo natureza jurídica tributária. (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016)

Todavia, a concessão do benefício da assistência judiciária não constitui isenção tributária, visto que não estará dispensado o pagamento, mas sim o adiantamento da verba. O pagamento ficará a cargo do vencido, ainda que ele seja beneficiário da justiça gratuita, cuja exigibilidade ficará suspensa, conforme o parágrafo 3º, do art.98, do NCPC. (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016)

Buscando simplificar a concessão do benefício, o Novo CPC (BRASIL, 2015, *online*) previu diversas formas de fazer seu requerimento:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4o, o recurso que

verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Conforme se infere do *caput*, o pedido de assistência judiciária poderá ser pedido de várias maneiras, trazendo ainda alguns pontos procedimentais interessantes, como na fase recursal: se requerida a concessão do benefício em sede de recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo e, na hipótese de indeferimento do pedido pelo relator, deve ser concedido prazo para realização do recolhimento, permitindo e viabilizando assim, o contraditório e o duplo grau de jurisdição.

A propósito:

O pedido de gratuidade no recurso traz alguns interessantes aspectos procedimentais. Nos termos do art. 99, § 7.º, sendo requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo e, no caso de indeferimento do pedido pelo relator, deve ser concedido prazo para realização do recolhimento. O dispositivo deve ser

elogiado porque seria claramente ofensivo ao princípio do contraditório se a decisão do relator gerasse imediatamente a deserção do recurso. Por outro lado, não teria sentido exigir o preparo do beneficiário de gratuidade para ele não correr o risco da deserção. O procedimento constante do dispositivo comentado já vem sendo adotado nos Juizados Especiais quando a parte requer a gratuidade no recurso inominado (Enunciado 115 do FONAJE) e contraria posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. (NEVES, 2017, p.111).

É fácil perceber que o legislador do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) ao trazer em seu texto a regulamentação da assistência judiciária, buscou dar mais efetividade à gratuidade processual.

De fato, após anos passados desde a aprovação da Lei n.º1060/50 (BRASIL, 1950) buscou-se atualizar o instituto da assistência judiciária, o que influencia, inclusive, no modo de visualização do instituto pelos operadores de direito, haja vista que a sua concessão, até então, vinha sendo dificultada ou denegada com base em parâmetros estáticos de renda que nem sempre demonstram a realidade econômico-financeira dos jurisdicionados brasileiros. (MELO, 2015).

### **4.3 O benefício da assistência judiciária gratuita e a aplicação do benefício no âmbito dos Juizados Especiais**

A criação dos Juizados Especiais decorre da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:  
I - juizados especiais, providos por juízes

togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...].

E assim previsto na Lei n.º 9.099/95 (BRASIL, 1995, *online*):

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

- I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
- II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
- III - a ação de despejo para uso próprio;
- IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

- I - dos seus julgados;
- II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao

crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

De fato, a criação dos Juizados Especiais representa um inigualável marco na atividade do Poder Judiciário. Por meio da orientação dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tornou-se uma ferramenta importante para a resolução dos conflitos de menor complexidade, especialmente em relação à conciliação das partes, que é extremamente explorada na seara dos Juizados Especiais. (ROCHA, 2016).

#### *4.3.1 As custas nos Juizados Especiais e o sistema de isenção*

Em primeiro grau, o acesso aos Juizados Especiais Cíveis é gratuito para ambas as partes. Assim, somente para recorrer será necessário o pagamento de todas as despesas processuais, abrangendo não apenas o preparo do recurso, mas também do processo, como a citação, a distribuição, taxas, etc., com exceção dos casos de justiça gratuita. “Trata-se de moderna técnica de desestímulo aos recursos pela cobrança de encargos. Assim, somente as pessoas realmente inconformadas com a decisão de primeiro grau é que irão utilizar as vias recursais”. (ROCHA, 2016, p.147).

A propósito:

Desonerando as partes de arcarem com custas e honorários, os Juizados tornam-se atraentes não apenas para o autor, mas também para o réu, o que favorece a auto composição. É uma técnica já utilizada em outros diplomas, como, por exemplo, na Lei de Locações (art. 61 da Lei nº 8.245/91). (ROCHA, 2016, p. 147).

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, que foram instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (BRASIL, 2001), é aplicada subsidiariamente a Lei n.º9099/95 (BRASIL, 1995), portanto, o sistema é idêntico ao dos Juizados Especiais da Justiça Estadual, haja vista que até a fase recursal o autor não pagará custas, salvo comprovada má-fé. Caso entre com recurso e não seja beneficiado da Justiça Gratuita terá, conseqüentemente, que pagar custas e despesas do processo. (BRASIL, 2001)

O Enunciado n.º 38 do FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais assim orienta:

Enunciado n.º. 38

A qualquer momento poderá ser feito o exame de pedido de gratuidade com os critérios da Lei nº 1.060/50. Para fins da Lei nº 10.259/01, presume-se necessitada a parte que perceber renda até o valor do limite de isenção do imposto de renda. (Nova redação – IV FONAJEF) (BRASIL, 2007)

Ocorre que, no segundo grau, aquele que interpuser o recurso e tiver o mesmo improvido ou inadmitido deverá arcar com os ônus sucumbenciais em favor do recorrido:

No segundo grau, a Lei estabelece que aquele que recorrer e tiver o recurso improvido ou inadmitido arcará com ônus sucumbenciais em favor do recorrido. Tal condenação deve ocorrer, mesmo que a parte contrária não tenha apresentado contrarrazões.<sup>330</sup> Diferentemente do que ocorria sob a vigência do CPC/73,<sup>331</sup> também haverá a condenação na hipótese de ser o recurso provido, porque o Novo CPC estabeleceu como paradigma a condenação recursal (art. 85, § 1º). Da

mesma forma, no caso de provimento parcial do recurso, subsiste razão para a condenação da parte nos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15. Como dito acima, se a parte vencedora não chegou a constituir advogado em fase recursal, nos ônus sucumbenciais não se contarão os honorários advocatícios. Por fim, sendo a sentença anulada, não haverá a imposição de custas para qualquer das partes. (ROCHA, 2016, p.148).

Acerca da incidência de custas na fase recursal, assim já manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

CORREIÇÃO PARCIAL - JUIZADO ESPECIAL - RECURSO INOMINADO INTERPOSTO SEM PREPARO - JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA EM SENTENÇA - TURMA RECURSAL - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO - CONCESSÃO DE OPORTUNIDADE PARA PREPARAR - INEXISTÊNCIA DE 'ERROR IN PROCEDENDO'. O acórdão proferido pela Turma Recursal que revoga o benefício da assistência judiciária inicialmente deferido ao recorrente e concede prazo para o recolhimento do preparo, sob pena de deserção do recurso inominado, não configura 'error in procedendo', abuso ou inversão tumultuária do procedimento, não havendo que ser acolhido o pedido correcional. Correição parcial não provida. (TJMG - Correição Parcial (Adm) 1.0000.12.060753-6/000, Relator(a): Des.(a) Alvimar de Ávila, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 03/12/2012, publicação da súmula em 11/01/2013). (MINAS GERAIS, 2013, *online*).

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - RECURSO INOMINADO NÃO RECEBIDO - DESERÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO - TURMA RECURSAL - CORREIÇÃO PARCIAL DEFERIDA. 1. A competência para análise do pedido de assistência judiciária gratuita no Juizado Especial Cível é da Turma Recursal. 2. Configura in casu erro de procedimento a decisão da Turma Recursal que deixa de receber recurso inominado, por considerá-lo deserto, sem antes analisar o pedido de justiça gratuita. 3. Correição parcial deferida. (TJMG - Correição Parcial (Adm) 1.0000.16.063394-7/000, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 04/09/2017, publicação da súmula em 06/10/2017)

Como regra, não há cobrança de custas nos Juizados Especiais, salvo na interposição de recurso:

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita. (BRASIL, 1995, *online*).

Assim, caso entenda necessário, o magistrado pode determinar que a parte litigante comprove sua insuficiência

de recursos, como dispõe o enunciado nº 116 do Fórum Nacional de Juizados Especiais, senão vejamos:

ENUNCIADO 116

O juiz poderá, de ofício, exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos para obter a concessão do benefício da gratuidade de justiça (art. 5º, LXXIV, da CF), uma vez que a afirmação da pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade (XX Encontro – São Paulo/SP) (BRASIL, 2006).

Em síntese, pode-se listar os seguintes procedimentos isentos de recolhimento de custas nos Juizados Especiais Cíveis à luz do NCPD (BRASIL, 2015) e da Lei n.º9099/95 (BRASIL, 1995):

- a) Interposição de demanda cognitiva (art. 54, *caput*);
- b) Interposição de embargos de declaração (art. 1.023 do CPC/15); (BRASIL, data).
- c) Interposição de agravo em recurso extraordinário (art. 1.042, § 2º, do CPC/15); (BRASIL, 2015).
- d) Impetração de mandado de segurança: isenção (art. 54, *caput*);
- e) Interposição de reclamação constitucional ao STJ (art. 1º da Resolução nº 12/09 do STJ).
- f) Interposição de demanda executiva (art. 55, parágrafo único);
- g) Defesa do executado (judicial ou extrajudicial): exceto quando se tratar de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor (art. 55, parágrafo único, III);
- h) Apresentação de embargos à (art. 55, parágrafo único); (ROCHA, 2016).

E nos seguintes procedimentos descritos nas alíneas abaixo, as custas deverão ser recolhidas, salvo se for o caso de deferimento da assistência judiciária gratuita:

- a) Interposição de “recurso inominado” (art. 54, parágrafo único);
- b) Interposição de recurso extraordinário (art. 54, parágrafo único);
- c) Interposição de agravo de instrumento (art. 54, parágrafo único)
- d) Interposição de agravo interno: pagamento (art. 54, parágrafo único), salvo no caso de gratuidade de Justiça;
- e) Interposição de reclamação ordinária (arts. 988 a 993 do CPC/15, art. 54, parágrafo único); (BRASIL, 2015).
- f) Falta do autor às audiências: pagamento, exceto se justificar a ausência (art. 51, § 2º) ou for beneficiário da gratuidade de Justiça; (BRASIL, 2015).
- g) Litigância de má-fé na fase executiva: deverá haver o, ainda que beneficiário da gratuidade de Justiça (art. 99, § 4º, do CPC/15) (BRASIL, 2015). (ROCHA, 2016)

E em relação aos ônus sucumbenciais, nos Juizados Especiais Cíveis haverá a isenção na fase de conhecimento e na execução, salvo se for o caso de litigância de má-fé. Na fase recursal, o pagamento deverá ocorrer pelo vencido, a menos que este seja beneficiário da assistência judiciária. (ROCHA, 2016).

Por fim, é importante destacar que no campo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública também há o benefício da justiça gratuita na primeira instância e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995

(BRASIL, 1995), e da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 (BRASIL, 2001). Ou seja, o pagamento das custas só ocorrerá se a parte deixar de comparecer em audiência sem motivo justo, ou se perder a causa, recorrer e perder o recurso. Neste caso, terá ainda que pagar honorários advocatícios. Todavia, poderá a parte pleitear a gratuidade de justiça, conquanto comprove sua condição de hipossuficiência. (BRASIL, 2001)

## 5 CONCLUSÃO

O Presente trabalho de conclusão de curso teve por finalidade promover o estudo acerca do instituto da Justiça Gratuita e o modo como ela se apresenta em nosso ordenamento jurídico e é aplicado no dia-a-dia daqueles que recorrem ao Poder Judiciário em busca de efetivar seus direitos e garantias.

Diante do material analisado e exposto, conclui-se que a concessão do benefício da Justiça Gratuita remonta a uma longa história, tendo referências desde a época colonial, estando a muito tempo relacionada a um atestado de pobreza.

Inicialmente, verificou-se a denominação e o conceitos distintivos entre as expressões “Assistência Judiciária Gratuita”, “Assistência Jurídica Gratuita” e “Justiça Gratuita ou Gratuidade de Justiça”, onde conclui-se que, muito embora haja distinção entre as referidas expressões, há uma abrangência dos institutos da Justiça Gratuita e da Assistência Judiciária pelo instituto da Assistência Jurídica Gratuita, sendo este gênero, e àqueles espécies. (MEDEIROS, 2013).

Embora a Lei n.º 1060/50 (BRASIL, 1950) tenha significado um grande avanço para sua época, esta restou superada com o passar do tempo, não obstante tenha sido objeto de diversas modificações.

De fato, quando um dispositivo legal termina por sofrer inúmeras alterações, acaba perdendo, inevitavelmente, sua coesão e até mesmo, sua coerência.

Assim, o legislador viu no Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) a oportunidade de reformular a concessão da assistência judiciária no ordenamento jurídico brasileiro, dando maior efetividade aos direitos fundamentais previstos ao longo do texto da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, como o acesso à justiça.

Com a previsão no Novo CPC (BRASIL, 2015) do instituto da assistência judiciária passou a fortalecer, principalmente, o direito à isonomia das partes.

Ademais, a isonomia não significa, de maneira enrijecida, o tratamento igualitário a ambos os jurisdicionados, porque a procedência desta forma nem sempre alcança seu fim. (ROCHA, 2016).

A isonomia pode ser classificada como isonomia formal ou real. De modo formal, a isonomia consiste no tratamento igualitário a todos, sem levar em consideração eventuais diferenças entre os sujeitos processuais. (ROCHA, 2016).

Ocorre que, verificou-se, por meio da prática, que a isonomia formal embora pretenda tratar todos com isonomia, terminava por manter diferenças e desigualdades entre as partes.

Diante disso, verificou-se a necessidade de implantar uma isonomia real, com a criação de normas, através das quais o juiz deverá levar em conta as peculiaridades de cada sujeito para que as partes sejam colocadas em modo de igualdade. (ROCHA, 2016).

Portanto, a isonomia real consiste, em apertada síntese, em tratar de modo igual os iguais, e de modo desigual os desiguais na medida de sua desigualdade.

Assim, não é nada plausível criar obstáculos ao exercício do direito de ação quando a pessoa não reúne

condições financeiras, o que fere, sem dúvida, a isonomia e o direito ao acesso à justiça. (ROCHA, 2016).

O instituto da assistência judiciária é extremamente importante no ordenamento jurídico, onde a maior parte da população é composta por pessoas de baixa renda, sem deixar de mencionar que, sendo o Brasil um dos países com a maior carga tributária do mundo, serviços indispensáveis como a prestação jurisdicional deveriam ser gratuitos e principalmente céleres e eficientes, o que infelizmente na prática não ocorre, mas se espera que vá mudar, por meio da implantação do Novo CPC (BRASIL, 2015). (ROCHA, 2016).

## REFERÊNCIAS

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; TENENBLAT, Fábio. Assistência Judiciária Gratuita: a exceção que virou regra. In: **JOTA**, 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/assistencia-judiciaria-gratuita-16092015>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105: de 16 de março de 2015. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, 2007. Enunciado n.º38. In: **CFJ**, 2007. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. XX Fórum Nacional dos Juizados Especiais, 2006. Enunciado n.º 116. In: **CNJ**, 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-civeis>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934). In: **Palácio do Planalto**, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946). In: **Palácio do Planalto**, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 De Setembro de 1939. In: **Palácio do Planalto**, 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Governo Federal da República Federativa do Brasil. Indicadores de desenvolvimento Brasileiro. In: **Ministério do Planejamento**, 2013. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/indicadores\\_de\\_desenvolvimento.pdf](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/indicadores_de_desenvolvimento.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. In: **Palácio do Planalto**, 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. In: **Palácio do Planalto**, 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L1060compilada.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Lei n.º9.099 de 26 de setembro de 1995. Código de Processo Civil. In: **Palácio do Planalto**, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/regulamentos/r120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - Autos de Agravo de Instrumento - pedido de assistência judiciária indeferido pelas instâncias ordinárias - pessoa estrangeira residente no exterior - art. 2º, lei 1.060/50 revogado pelo Novo CPC - norma processual - aplicação imediata - recurso parcialmente provido. REsp 1225854/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 04/11/2016). In: **STJ**, 2016. Disponível em: . Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 481, Corte Especial, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012.). In: **STJ**, 2012. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_43\\_capSumulas481-485.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da justiça gratuita**: de acordo com o novo CPC. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Arthur Mendes. Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 194, p. 351-370, abr. 2011.

LOBO, Arthur Mendes. Aspectos Polêmicos da Assistência Judiciária Gratuita. **Revista de Processo**., v.161, p.104 - 109, 2008.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. Da Gratuidade da Justiça no Novo CPC e o Papel do Judiciário. In: **Paulo Abreu**, 2015. Disponível em: <<https://pauloabreu14.jusbrasil.com.br/artigos/244912627/da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc-e-o-papel-do-judiciario>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MEDEIROS, Isabela. **Acesso à justiça com alteridade?** O direito à assistência jurídica integral e gratuita entre o assistencialismo e a emancipação. 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=479b4864e55e12e0>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita:** cidadania e emancipação. Rio de Janeiro, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.077506-8/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/03/2018, publicação da súmula em 12/03/2018. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.077506-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.064920-6/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª Câmara Cível, julgamento em 12/12/2017, publicação da súmula em 19/12/2017. In: **TJMG**, 2017. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.064920-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Correição Parcial (Adm) 1.0000.16.063394-7/000, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 04/09/2017, publicação da súmula em 06/10/2017. In: **TJMG**, 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=16&procCodigo=1&procCodigoOrigem=0&procNumero=63394&procSequencial=0&procSeqAcordao=0>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil** – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PASSOS, Danielle de Paula Maciel dos. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita: evolução histórica, distinções e beneficiários. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41157&seo=1>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

PEREIRA, Maria da Guia. **O papel da Defensoria Pública em face dos interesses dos necessitados**. Dissertação de Mestrado. Campina Grande: UEPB, 2005.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A Lei 1.060/1950 ainda tem utilidade no ordenamento jurídico? In: **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/tribuna-defensoria-lei-10601950-ainda-utilidade-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VAINER, Bruno Zilberman. **Assistência jurídica gratuita: um desafio de nosso tempo**. Revista de Direito Constitucional e Internacinal, São Paulo, v.12, n.48, p.213-244, jul/set. 2004.

## O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Pedro Henrique Gonçalves Caetano da Silva<sup>6</sup>  
Deilton Ribeiro Brasil<sup>7</sup>

### RESUMO

Este trabalho tem como objetivo elucidar um pouco as ideias do positivismo jurídico. Foi feita uma abordagem histórica e filosófica, tendo como ponto de partida a diferenciação entre direito positivo e direito natural que já existia no período clássico, que perdurou durante muito tempo até o século XVIII, onde surge o positivismo jurídico propriamente dito. Nesse momento, são expostas as principais vertentes desse movimento, como: o positivismo exegético, a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência analítica da common law. Todas elas foram analisadas de acordo com os pontos mais relevantes, foram expostas as suas principais características, limitações, o momento histórico vivido na época, os principais autores e representantes desses movimentos. Foi dada ênfase no modo com que era feita a interpretação das leis e como era definida a atuação dos magistrados, para a partir desse ponto trabalhar com as teorias que confrontaram o positivismo jurídico clássico (inglês, francês e alemão). Ressalta-se que esse confronto não chegou a romper completamente o pensamento positivista, as novas teorias ainda eram positivistas, mas introduziram um pensamento mais flexível, produziram novos critérios de interpretação das leis. Em que pese a importância dessas teorias, foi dada maior atenção as ideias de Hans Kelsen, devido ao seu destaque e a importância de sua obra, de forma que o jurista austríaco pode ser considerado o principal nome ligado ao positivismo jurídico. Foi trabalhada a importância desse

<sup>6</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

<sup>7</sup> Professor do Curso de Direito da Universidade de Itaúna. Mestre em Direito (UIT). Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Doutor em Direito.

movimento no desenvolvimento do pensamento jurídico, principalmente no sentido de se enxergar o direito como ciência. Foram utilizados artigos e livros, que vão desde obras clássicas da filosofia até obras contemporâneas que tratam da ciência e hermenêutica jurídica com objetivo de mostrar pontos de vista diferentes presentes em autores contemporâneos, mas sem negligenciar autores clássicos, que foram os primeiros a lidar com o positivismo.

**Palavras-chave:** Positivismo. Teoria. Ciência. Filosofia. Conceitos. Interpretação.

## 1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico foi um dos movimentos mais importantes para o direito. As origens do positivismo jurídico remontam ao uso do termo “positivismo” como contraposição ao direito natural. Neste sentido, o positivismo era compreendido como o conjunto de comandos postos pelo homem, representava a figura do homem como criador das leis. Já o direito natural, tinha origem metafísica. Por isso, na medida em que foi reconhecida a autonomia do direito e foram abandonados conceitos metafísicos, o positivismo jurídico se tornou um elemento fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho tem como objetivo traçar uma linha evolutiva do movimento positivista. No capítulo dois, parte-se da distinção histórica entre direito natural e direito positivo, que se inicia na antiguidade, evolui no pensamento medieval, passa ao período pré positivista e avança até culminar com a formação do positivismo exegético (França). Nos capítulos três, quatro e cinco, além do positivismo exegético francês, trabalha-se a manifestação do movimento positivista em outros países,

sendo os mais importantes os ocorridos na Inglaterra (jurisprudência analítica) e na Alemanha (jurisprudência dos conceitos).

Além disso, é feita uma ligação entre os principais movimentos positivistas e os acontecimentos históricos que tiveram influência no desenvolvimento de novas teorias.

São analisados os critérios interpretativos em cada uma das principais escolas positivistas, bem como os limites impostos aos interpretes na aplicação das leis, sendo que, partir desse ponto, foi possível demonstrar as diferenças entre as principais teorias positivistas no que tange a atuação dos magistrados.

Foram expostas, ainda, as principais características de cada escola, e o pensamento e influência que grandes autores como: Rousseau, Savigny, Jhering, Puchta, Benthan, Austin, Hart, Kelsen, tiveram no desenvolvimento do positivismo jurídico.

A partir do momento que o positivismo primitivo mostra suas limitações, novas teorias são desenvolvidas na busca por soluções não dadas pelo positivismo legalista (baseado na aplicação mecânica das leis). No capítulo seis, novas teorias, como: o movimento do direito livre, a jurisprudência dos interesses, o realismo jurídico, jurisprudência dos valores, e teoria pura do direito de Hans Kelsen, são expostas. Apesar de não romperem com os princípios básicos do positivismo clássico, as novas teorias desenvolveram outras ideias, principalmente no que tange a hermenêutica jurídica e construiu uma nova característica marcante do movimento positivista, a discricionariedade.

As novas concepções retiram o foco interpretativo da letra fria da lei para e o direcionam para atuação dos aplicadores da lei, atribuindo a eles a possibilidade de aplicar fundamentos subjetivos na solução dos conflitos. Com isso, a interpretação vinculada somente

à lei é rompida e se inicia uma nova concepção sobre a hermenêutica jurídica. Neste trabalho foi feita uma conexão de ideias entre autores clássicos e contemporâneos, criou-se uma ligação entre a filosofia, a política e o direito, de forma que foi possível compreender o movimento positivista, suas variações, particularidades e os fatores extrajurídicos que tiveram grande influência sobre o movimento. Neste contexto foi trabalhada a evolução do movimento positivista.

## 2 AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO

A contraposição entre direito natural e direito positivo e está presente em diversos períodos ao longo da história. Podemos tomar como ponto de partida os relatos existentes no pensamento clássico, sendo que, para citar somente esses, a distinção entre o direito positivo e o direito natural pode ser encontrada nas obras de Platão e Aristóteles. (*apud* BOBBIO, 1995).

Tendo em vista essa diferenciação entre direito natural e positivo, Norberto Bobbio (1995), como forma de demonstrar essa distinção presente no período clássico, tece o seguinte comentário sobre “Timeu”, um dos diálogos escritos por Platão (*apud* BOBBIO, 1995, p. 16).

[...] o termo “positivo” refere-se à justiça: a passagem pretende expressar precisamente que Timeu trata da “justiça natural” (isto é, das leis naturais que regem o cosmos, e, portanto, a cosmologia, a criação e a constituição do universo) e não da “justiça positiva” (isto é, das leis reguladoras da vida social) [...]

De igual modo, para demonstrar a separação entre direito natural e direito positivo, temos a seguinte

passagem da obra “Ética a Nicômaco” escrita por Aristóteles: (*apud* BOBBIO, 1995, p. 16).

[...] Neste texto o direito positivo é chamado “direito legal (nomikónfkaion) e o natural é dito “physikón”: observamos que é impróprio traduzir o termo dikaion (bem como o latino jus) tem um significado dual indicando ao mesmo tempo a ideia de “justiça” e de “direito”. Dois são os aspectos pelos quais Aristóteles distingue o direito natural do positivo: o jus gentium e o jus civile correspondem a nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro refere-se a natureza (naturalisratio) e o segundo as estatuições do populus [...]

Nesse sentido, apesar da distinção que era feita entre direito positivo e direito natural, (este como se referindo à natureza, aquele se referindo as normas feitas pelo homem), cabe ressaltar que havia uma relação hierárquica entre eles. Pois, o direito natural, oriundo da natureza, era entendido como direito comum, e o direito positivo era especial ou particular, era feito pela ação humana. Com base nessa ideia e no princípio da “*Lex specialisderogatgeneralis*” (a norma especial prevalece sobre a geral), temos a existência de uma hierarquia de um sobre o outro. (BOBBIO, 1995).

Dada a existência dessa distinção e da prevalência de um e relação ao outro, o direito positivo sobressairia quando confrontado com o direito natural. (BOBBIO, 1995, p. 25).

[...] basta lembrar do caso de Antígona, em que o direito positivo – o decreto de Creonte – prevalece sobre o direito natural – o “direito não escrito”

posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela [...]

Portanto, mesmo na antiguidade havia a diferenciação entre o direito natural e positivo, sendo que, em o direito positivado tinha uma grande importância, mesmo quando confrontado com os ideais naturalistas. (BOBBIO, 1995).

## **2.1 Contraposição entre direito positivo e direito natural no pensamento medieval**

Avançando na história, a diferenciação entre direito natural e direito positivo também é encontrada no pensamento medieval. A primeira menção é datada dos escritos de Pedro Abelardo (*apud* BOBBIO, 1995) que atribui ao direito positivo à característica de ser feito pelos homens, e ao direito natural a de ser posto por algo além do homem (natureza, ou até mesmo Deus).

Essa distinção também é feita por Tomás de Aquino (*apud* BOBBIO, 1995) que trata do assunto fazendo a distinção entre *Lex naturalis* e *lex humana*, que corresponde a diferença entre direito natural e direito positivo. Ele faz, ainda, a defesa de que existiria uma ligação entre a *Lex naturalis* e a *lex humana*. Essa ligação poderia ser representada de duas maneiras quando: a lei positiva fosse derivada da lei natural; e quando a lei natural fosse muito abrangente, ocasião em que a lei positiva deveria ser usada para restringir a sua aplicação, indicando quando a lei natural deveria ser aplicada. (BOBBIO, 1995).

## **2.2 Contraposição entre direito positivo e direito natural no pensamento pré-positivista**

No final do século XVIII (época que precedeu o nascimento do positivismo jurídico exegético) a distinção entre direito natural e direito positivo não mais se assentava na fonte desses direitos, mas pela forma como as pessoas tomam conhecimento das normas. Assim sendo, o direito natural viria da natureza das coisas e seria conhecido através da razão, e o direito positivo, seria conhecido através de uma declaração feita pelo legislador. (BOBBIO, 1995).

Isso é consolidado no início do século XIX, uma época de transição da idade moderna para a idade contemporânea, onde se inicia, na Europa, uma nova concepção de Estado muito influenciada pela revolução francesa. (ALTMAN, 2009).

Nesse período (na Europa) difunde-se a ideia de que o poder de criar o direito passa a ser do Estado, que se torna o único legitimado a produzir as normas legais, é o “[...] processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 1995, p. 27).

Com isso o juiz torna-se um funcionário estatal, ele passa a solucionar os conflitos de acordo com as leis produzidas pelo Estado ou por ele reconhecidas como válidas. Daí surge a noção de limitação do poder judiciário, onde o juiz deveria aplicar a lei em sua literalidade, de acordo com os casos nela previstos, pois caso tivesse liberdade interpretativa sairia de sua esfera de competência e acabaria atuando como legislador. (BECCARIA, 2001).

Corroborando a ideia de limitação interpretativa do juiz e da necessária adstricção ao texto legal, temos a seguinte passagem escrita por Beccaria (2001, p. 31) na sua obra, *Dos Delitos e das Penas*:

[...] os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores. Os juízes não receberam as leis como uma tradição doméstica, ou como um testamento de nossos antepassados, que aos seus descendentes deixaria apenas a missão de obedecer. Receberam-nas da sociedade viva, ou do soberano, que é representante dessa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade de todos.

De modo similar temos a clássica divisão de poderes proposta por Montesquieu (legislativo, executivo e judiciário). Esses três poderes seriam harmônicos e independentes, mas unidos formariam um sistema de freios e contrapesos, pois as funções estatais estariam separadas, de forma que cada poder tinha sua competência específica. Dessa forma um não poderia executar uma ação atribuída tão somente à competência do outro. Assim, o poder não se concentraria num só ponto, o que tornariam o Estado mais justo. (MONTESQUIEU, 1998).

Neste diapasão, surge o positivismo exegético, que não pode ser compreendido como a definição de positivismo jurídico. O movimento positivista vai muito além dos pensamentos desenvolvidos na escola exegética, e para ser compreendido deve ser explorado em suas diferentes facetas. Assim, não corremos o risco de entender a mera aplicação da literalidade das normas legais (positivismo exegético) como a definição do positivismo jurídico. (STRECK, 2010).

### 3 EXEGESE FRANCESA

#### 3.1 O contexto histórico e a influência política na formação do Positivismo Exegético

Ao retornar de sua campanha no Egito, o jovem general, Napoleão Bonaparte, almeja vãos maiores. (ALTMAN, 2009).

Com o apoio da burguesia e ancorado por seu prestígio militar, ele passa a combater os monarquistas e jacobinos (revolucionários radicais) que aviam assumido o poder, e no dia 9 de novembro de 1799, (pelo calendário gregoriano) data mais conhecido como 18 de Brumário, (faz referência ao dia e mês do calendário revolucionário) aplica o golpe político-militar que o colocou no poder. (ALTMAN, 2009) e (FERNANDES, 2018).

Em pouco tempo Napoleão fortalece sua influência e desenvolve uma série de medidas para consolidar seu governo. Ele busca o estabelecimento de um de Estado coeso, forte e soberano. (ALTMAN, 2009).

Com essa finalidade Napoleão inicia a tarefa de transformar o sistema legal francês, e para executar esse plano:

[...] Nomeou uma comissão especial presidida por J.J. Cambaceres, o segundo cônsul e seu homem de confiança, com a função de supervisionar a comissão encarregada do Código, indicando o jurista Tronchet para coordená-la. Ao lado dele atuou Bigot de Prémeneu e Portalis. A comissão se reuniu mais de 80 vezes para discutir e redigir um texto revolucionário. Napoleão esteve presente em quase metade dessas sessões. [...] (*apud* ALTMAN, 2010, *online*).

Essa codificação abrangeu diversos ramos do direito, nela, o direito civil foi dividido em: direito de família e direito de propriedade. O código fortaleceu o poder do homem e reafirmou sua autoridade sobre as relações familiares. Entretanto, reduziu os direitos

individuais das mulheres e de filhos ilegítimos. Os homens (aqui compreendidos apenas os cidadãos de sexo masculino) foram equiparados perante a lei, foi reconhecida a liberdade religiosa, o Estado se separou da igreja (católica) e tornou-se uma instituição independente. O código Napoleônico foi bem aceito pela população (muito impactada pelos acontecimentos da revolução francesa) tendo sido aplicado a todos os territórios franceses e foi fonte de inspiração para diversos países. (ALTMAN, 2010).

O código Napoleônico (*Apud*, ALTMAN, 2010) estava em consonância, com o momento político vivido na França (revolução francesa) e por isso, com intuito de romper o domínio aristocrático foram abolidos os privilégios relativos ao nascimento e ao sangue nobre. (ALTMAN, 2010).

A velha ordem estamental baseada na herança e nos direitos de sangue foi definitivamente suplantada pela sociedade de classes. A exacerbação do individualismo existente no código se deve à necessidade de afirmar sua total independência frente aos poderes que o prendiam ao passado, quando se submetia à vontade do nobre, do padre, e da corporação ou guilda profissional a que pertencia. (ALTMAN, 2010, *online*).

Além disso, na busca pela efetivação do Código Napoleônico (*apud* BOBBIO, 1995), o governo passa a pressionar os estabelecimentos de ensino superior. Essa pressão se deu

[...] para que fosse ensinado o direito positivo e deixam-se de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou

perigosas aos olhos do governo napoleônico [...]) (BOBBIO, 1995, p.81).

A partir dessa mudança estrutural no ensino superior, a escola exegetica se fortalece, e totalmente fundada nas disposições do código napoleônico defende que as leis deveriam ser aplicadas em sua literalidade, onde o aplicador faria apenas a subsunção das leis com fatos. Quem fosse aplicar as leis deveria respeitar a codificação, pois, ela advinha do poder soberano do Estado e através dela o legislador expressa sua vontade de forma clara e completa. (BOBBIO, 1995).

O respeito ao código tinha como objetivo dar ao cidadão a certeza de seu direito, de garantir que os conflitos seriam resolvidos com base nas normas codificadas e não com fundamento em critérios subjetivos. Essa certeza era reforçada pela proibição imposta ao juiz, onde ele não poderia interpretar as leis conforme sua vontade, pois, dessa forma ele estaria mudando o significado da lei, de forma que seria constituída uma nova, e tal fato acarretaria uma violação de competência, no caso em tela, na violação do poder legislativo. (CAMARGO, 2003).

Além disso, essa força dada ao código era uma forma de reafirmar e manter a soberania do Estado. De forma que não se admitiam decisões discricionárias por parte dos juizes, pois eles confrontariam as leis estabelecidas pelo Governo e enfraqueceriam sua soberania. (BOBBIO, 1995, p. 87).

[...] segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei.

Tudo isso mostra a influência da política sobre o movimento exegetico, que para além de seu caráter garantidor, era um instrumento de reafirmação do poder do Estado. (CAMARGO, 2003).

### 3.2 A influência filosófica na formação do Positivismo Exegetico

Pautado pelos ideais iluministas e por ideias juracionista (direito natural fundado na razão), o movimento exegetico não se limitou a um fenômeno oriundo das transformações no poder. Foram desenvolvidas teorias jurídicas que buscaram justificar a substituição do modelo até então vigente por outro, bem como demonstrar a legitimidade do novo regime. (COSTA, 2009).

Essa justificação foi baseada nas ideias de Rousseau (*apud*, COSTA, 2009), que desenvolveu uma teoria de legitimidade do poder, questionando as razões pelas quais as decisões emanadas do Estado podem ser consideradas legítimas e de que forma se constrói o fundamento de sua validade. (COSTA, 2009).

Não era apenas a aplicação mecânica das leis, a ideia era buscar uma justificativa, algo que servisse de sustentação para aplicação das leis, pois elas não deveriam ser aplicadas apenas porque estavam ali postas, deveria existir algo que sustentasse a sua força. (COSTA, 2009).

Rousseau (2002, p.9), na primeira parte do livro ‘‘O Contrato Social’’, deixa clara sua pretensão de buscar a legitimidade das leis:

Eu quero investigar se pode haver, na ordem civil, alguma regra de administração, legitima e segura, que tome os homens tais como são e as leis tais como podem ser. Cuidarei sempre de ligar nesta pesquisa, o que o direito permite

com o que o direito prescreve, a fim de que a justiça e a utilidade de modo algum se encontrem divididas.

Reafirmando essa ideia, Rousseau (2002, p. 10) diz que:

O homem nasceu livre, e em toda parte encontra-se sob ferros. De tal modo acredita-se senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que eles. Como é feita essa mudança? Ignoro-o. Que é que a torna legítima? Creio poder resolver essa questão.

Dessa forma, as decisões políticas e os atos legislativos são legítimos quando forem condizentes com a vontade geral. Porém, essa vontade geral não representa a vontade de todos. (COSTA, 2009).

A vontade de todos corresponde ao somatório da vontade das pessoas, assim consideradas de forma particular. Já a vontade geral, é racional, na medida em que traduziria o disposto no direito natural, seria uma forma de analisar racionalmente o direito natural convertendo suas previsões em leis, pois, apenas desse modo as leis representariam a o bem comum, esse sim representaria a vontade geral. (COSTA, 2009).

A vontade geral é sustentada pelo direito natural, e não na própria lei como ato do legislador (direito positivo). Nesse sentido o direito positivo passa a ser construído pela extração de regras racionalmente deduzidas da natureza humana (direito natural). Por isso, para que uma lei fosse legítima não era necessário que se coadunasse ao desejo da maioria das pessoas, mas que fosse originada da vontade geral. (ROCHA, 2009).

Desse modo, se o texto legal representa a vontade geral, não seria necessário interpretar as leis, mas apenas fazer a subsunção das delas aos fatos. O juiz

deveria ser “boca de lei”, sua atividade se limitaria a aplicação do texto legal uma vez que esse texto representa a vontade geral. (COSTA, 2009).

Por isso, o Código Napoleônico (*apud*, ROCHA, 2009) era tido como a expressão da racionalidade humana, era completo porque advinha da vontade geral e por isso deveria ser aplicado de forma literal. (ROCHA, 2009).

### 3.3 A limitação do juiz e a interpretação das leis

O legislador não é capaz de prever todas as situações ocorridas na realidade. Alguns fatos não se enquadravam ao que estava literalmente escrito na lei. Isso gerou um grande problema, pois, caso os juízes interpretassem as leis de acordo com critérios pessoais ou elementos metafísicos, estariam contrariando o texto legal, e impondo um comando não previsto em lei alguma. Dessa forma os juízes atuavam como verdadeiros legisladores, porque estariam indiretamente criando novas leis e ao mesmo tempo enfraquecendo a legislação vigente, fato que se choca frontalmente com as ideias do positivismo exegético. (STRECK, 2013).

Por isso, mesmo em casos em que a solução não estivesse clara, ela seria obtida de acordo com a legislação vigente, não havia margem para discricionariedades, segundo Lenio Streck:

A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, em relação ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada”

(Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas. (CARNAP, *apud* STRECK, 2013, p.59/60).

Com isso, podemos concluir que o positivismo exegético é aquele fundado no respeito ao código como único dispositivo hábil a prescrever de forma segura as normas legais, porque elas são originadas do Poder Estatal (representação vontade geral), e a interpretação das leis deve ser restrita ao texto legal, afastando-se completamente a opinião pessoal do magistrado. (DINIZ, 1993).

## 4 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

### 4.1 A origem histórica da jurisprudência dos conceitos

Na jurisprudência dos conceitos o termo “jurisprudência” não tem o mesmo significado que lhe é atribuído atualmente, qual seja: conjunto de decisões judiciais coerentes entre si, válidas dentro de um determinado sistema legal. (CURY; MARÇAL, 2009, p. 03). Na Alemanha do século XIX, o termo jurisprudência significava:

[...] o estudo dos elementos fundantes e constitutivos de um dado sistema legal, enquanto a totalidade do conhecimento jurídico. O conhecimento

ou ciência do Direito se orientava prevalentemente pelo enunciado legal e não pelas decisões proferidas.

Na Alemanha do século XIX, o *Corpus Iuris Civilis* (apud COSTA, 2009) fazia parte do direito comum dos estados germânicos, mas com o tempo as legislações locais limitaram a incidência do direito romano, que ainda assim, continuou objeto de estudo por parte dos juristas. (ROCHA, 2009).

Com base numa visão contrária a desenvolvida pela escola exegética (leis como expressão do direito natural), Savigny (apud COSTA, 2009, p. 61) figura como um dos combatentes dessa escola positivista, desse modo:

No famoso discurso *Da vocação do nosso século para a legislação e para a ciência do direito*, de 1814, Savigny estabeleceu a célebre polêmica contra os defensores da implantação de um Código Civil unificado para os Estados germânicos. Nessa obra, criticou duramente a pretensão de elaborar de um código perfeito, que fosse a expressão do direito natural e que, portanto, fosse adaptável a todos os povos.

Dessa forma havia uma rejeição o jusracionalismo que fundamentou a teoria exegética, buscou-se uma separação para com os movimentos anteriores, a criação de uma teoria que pudesse apresentar respostas diferentes, é desse pensamento que surge a escola histórica (que não deve ser confundida com a jurisprudência dos conceitos, pois o historicismo foi apenas um modelo, que em partes, inspirou a jurisprudência dos conceitos). (ROCHA, 2009).

De acordo com a intenção de pensar cientificamente o direito, a jurisprudência dos conceitos

aproxima o direito de outras ciências, de forma que a ideia central era implementar uma abordagem científica do direito. Essa abordagem buscaria analisar os fenômenos jurídicos usando a teoria como forma de sustentação da prática (tal como era feito de forma bem sucedida por outras ciências). Isso era necessário, porque sem o auxílio do método científico a realidade se mostraria fragmentada e desprovida de sentido. (COSTA, 2009) e (CURY; MARÇAL, 2009).

Com o auxílio do método científico o jurista expandiria a investigação para além do que está escrito nas leis e alcançaria as bases que sustentam o próprio direito, ultrapassando a análise pautada pela mera descrição do objeto, criando a possibilidade de explicá-lo e esclarecer suas conexões com o mundo. (COSTA, 2009).

Os juristas buscavam a construção de um modelo que explicasse os fenômenos jurídicos através da análise do direito positivo, buscando nas leis, explicações que pudessem definir o seu próprio objeto. (COSTA, 2009).

Assim, foi criada a separação entre direito (entendido como o conjunto de normas reconhecidas e válidas) e a ciência do direito, que seria usada para conceituar as leis. (ROCHA, 2009).

Nesse sentido, essa análise científica seria igual a que era aplicada a outras ciências. Segundo Alexandre Araújo Costa (JHERING, apud COSTA, 2009, p.69):

[...] a Química foi a ciência que serviu como modelo para a mentalidade formalista da Jurisprudência dos Conceitos. O paralelo mais conhecido entre o direito e a química foi o estabelecido por Rudolf vonJhering, um importantíssimo jurista germânico que esteve vinculado à pandectística nos seus

primeiros escritos. Sustentava ele que, tal como a Química identificava os elementos fundamentais da natureza e a sua forma de organização, a Ciência Jurídica deveria estudar os elementos lógicos do direito, destilando-os em sua pureza. Essa comparação se justifica na medida em que tanto o jurista quanto o químico procedem por *análise*, ou seja, decompõem o seu objeto de estudo até encontrar as partículas fundamentais que o formam.

Como o químico, o jurista investiga aquilo que compõem as leis, analisa a interação entre umas e outras com o intuito de compreender conceitos mais complexos. Para executar essa análise é necessário que o jurista conheça os elementos fundamentais do direito e faça uma avaliação dos pontos centrais das normas extraindo conceitos ou fórmulas que representem o pensamento que constitui o ponto central das disposições jurídicas. (COSTA, 2009).

Assim como o cientista o jurista não pode conhecer somente as coisas de forma superficial, ele deve ir além e compreender as bases que fundamentam o objeto de sua investigação. (COSTA, 2009).

Dessa forma, na jurisprudência dos conceitos a investigação vai além daquela que era feita no positivismo exegético (restrita a descrição da lei), na jurisprudência dos conceitos a investigação se presta a questionar o sentido das leis e a dar resposta aos “porquês” dos textos legais. Neste sentido, Segundo Alexandre Araújo Costa (2009, p. 71):

[...] *compra e venda* é um *contrato* com o qual se aliena uma coisa por dinheiro; *contrato* é um negócio jurídico em que duas ou mais declarações de vontade entram em acordo; negócio jurídico é a declaração de vontade privada

que tem efeito jurídico. Mas que é *declaração de vontade*? Que é *vontade*? Que é *acordo*? Que é *coisa*? Que é *alienação*? Somente com a redução dos conceitos complexos (como contrato, negócio jurídico ou direito subjetivo) a conceitos mais simples (como alienação, acordo, coisa) e o esclarecimento de cada uma dessas partes constitutivas, é possível desenvolver um conhecimento uniforme e sistemático do direito, e a construção desse conhecimento *científico* é a função da Jurisprudência, convertida pela primeira vez em Ciência do Direito.

É nesse contexto de questionamento e busca do que estaria além do simples comando legal, que surge a jurisprudência dos conceitos. (ROCHA, 2009).

#### 4.2 A ideia de sistema na jurisprudência dos conceitos

Inspirados por Savigny (*apud* COSTA, 2009) e por sua ideia de vontade de sistema, o historicismo germânico se opõe ao jusracionalismo e aos pensamentos iluministas. O pensamento iluminista era pautado pela ideia de que os valores por eles desenvolvidos, por serem oriundos da razão, poderiam ser aplicados a todos; e o jusracionalismo era embasado na noção de sistemas abstratos que tinham validade real.

Em contraposição a essas teses o historicismo desenvolveu um raciocínio indutivo que aproximou os padrões científicos de suas ideias centrais. O pensamento dessa escola não buscou soluções através da dedução das normas postas. Buscou-se a união dos conceitos diferentes, através da articulação lógica entre eles, de forma que fosse construída uma ligação entre conceitos específicos e conceitos gerais, onde os gerais por serem mais

abrangentes sustentariam os específicos. (LARENZ, 1997).

Isso produziu um sistema de direito coeso, era “[...] o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido.” (LARENZ, *apud* CURY; MARÇAL, 2009, p.04).

Esse sistema de conceitos foi desenvolvido de forma estratificada. Ela pode ser representada por uma visão piramidal, onde os conceitos gerais estão no topo e os demais abaixo de acordo com sua especificidade. Era essa relação entre conceitos gerais e específicos que garantia a unidade ao sistema. (LARENZ, 1997).

O sistema também poderia ser representado pela forma de um círculo onde os elementos específicos estão ao redor de um núcleo geral e fundamentador. Aqui não é a relação hierárquica (como no modelo piramidal), que sustenta o sistema, a sustentação é dada pela ligação de todos os elementos com o centro fundado em si próprio como unidade. (LARENZ, 1997).

Além disso, na construção do sistema, era necessária a observância da relação entre direito, sociedade e realidade, neste sentido,

[...] a Jurisprudência dos Conceitos buscou desenvolver, de um lado, o conteúdo de conceitos e expressões jurídicas recorrendo à história e à gênese teórico-social de sua constituição, bem como, por outro lado, enfatizou a dimensão sistemática do Direito e a função conformadora exercida pelo conceito com relação à realidade histórica e socialmente determinada. Neste desenvolvimento, em que a autocompreensão tanto da sociedade quanto do Direito se interpenetram e se condicionam reciprocamente, se situam,

inicialmente, novos conteúdos conceituais do Direito [...] (CURY; MARÇAL, 2009, p. 7).

Portanto, a unidade do sistema jurídico, não estava na lei em si, como acontecia no positivismo exegético. Na jurisprudência dos conceitos, a unidade do sistema estava nos seus conceitos. Eles seriam organizados de forma estratificada, onde os conceitos seriam alocados de acordo com sua especificidade, de forma que a [...] descrição sistemática do direito é elaborada pelos próprios juristas a partir de uma análise do direito positivo como um todo.” (COSTA, 2009, p.66).

#### 4.3 Limitação interpretativa

Para os juristas ligados à jurisprudência dos conceitos, entre eles Puchta e Jhering (*apud*, COSTA, 2009), a sistematização deve ser feita de forma racional e lógica. Desse modo se o fato for uma conseqüente lógica de um conceito, ele pode ser considerado verdadeiro, ou seja, tudo aquilo que é dedutível dos conceitos seria de aplicação obrigatória, não cabendo margem interpretativa, pois, nesse caso os conceitos agiriam como normas implícitas do sistema. (COSTA, 2009).

Podemos citar como exemplo:

[...] se um dos componentes do conceito de *crime* fosse a possibilidade de atribuir penas restritivas de liberdade ao infrator, então as pessoas jurídicas nunca poderiam cometer crimes, pois elas não podem ser presas. Dessa maneira, seria forçoso reconhecer que, mesmo não havendo qualquer proibição formal no sistema acerca da punição de pessoas jurídicas, apenas pessoas físicas poderiam ser processadas por incorrer em atos

tipificados como crimes. (COSTA, 2009, p.74).

Ou, numa situação hipotética, se o congresso nacional, aprovasse uma emenda a constituição, que alterasse a forma como pode ser mudada a própria constituição. Essa emenda seria legítima? (COSTA, 2009).

A resposta deve ser dada a partir de uma análise que confronte os conceitos de poder originário e derivado. O poder constituinte seria ilimitado, porque não está ligado a nenhuma lei anterior. Já o poder derivado é diretamente ligado a uma regra prevista pelo poder constituinte (originário), dessa forma, existe uma vedação implícita, já que o poder derivado tem sua condição de existência no poder constituinte, não sendo possível admitir que o poder derivado pudesse alterar seus próprios limites, “[...], portanto, ilógico que o poder constituinte derivado alterasse as regras de emenda, pois isso levaria ao absurdo de um poder derivado que constitui a si mesmo.” (COSTA, 2009, p.75).

Ressalta-se que, a conceituação das leis não era livre. Os juristas buscavam nas leis, conceitos, mas existia uma vinculação ao texto legal que servia como um substrato restritivo, no sentido de impossibilitar que seus limites fossem ultrapassados. (CURY; MARÇAL, 2009)

Na interpretação das leis existia a necessidade de se fazer uma ligação lógica entre elas e os conceitos. Essa ligação deveria ser feita através do método de análise científica, mas essa análise não poderia ir além do que o legislador previu, ele deveria manter a conceituação das leis congruente com o sentido que o legislador quis a elas atribuir. (CURY; MARÇAL, 2009).

Neste sentido:

Windscheid exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento, para o que deve tomar em consideração

quer as circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei [...] (Windscheid, *apud* LARENZ, 1997, p.36).

Os conceitos não substituíam as leis nem as modificavam. Eles buscavam aplicar os comandos nelas previstos de forma implícita, buscavam o seu objeto. Os conceitos não poderiam ser afastados pelo aplicador, ele estaria obrigado a aplicar os conceitos, pois sendo estes oriundos das leis, ao não aplicá-los violaria a própria lei. (COSTA, 2009).

Portanto no positivismo pandectista não há uma liberdade interpretativa irrestrita, o magistrado pode aplicar os conceitos desde que eles estejam respaldados pelo real sentido da lei. (CURY; MARÇAL, 2009).

#### 4.4 Conceitos usados no Direito Contemporâneo

A jurisprudência dos conceitos teve um papel muito importante na ciência jurídica. O desenvolvimento dos conceitos deu aos juristas a capacidade de distinguir situações parecidas e implementou através da análise dos conceitos, a busca pelas similaridades e diferenças dos institutos jurídicos. Isso gerou um grande impacto no direito, porque algumas dessas distinções conceituais são utilizadas até hoje, Alexandre Araújo Costa (2009, p. 73), cita como exemplo:

[...] as distinções entre posse e propriedade, entre prescrição e decadência, entre negócio jurídico e contrato, entre direito material e direito de ação, e uma série de outros elementos conceituais que formam a base da dogmática jurídica. A própria noção de Ciência do Direito foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos, que

representou o primeiro grande esforço de construir uma teoria jurídica estruturada à luz do modelo positivista de ciência [...]

Nessa linha de pensamento, e ainda a título de exemplo, temos também que

[...] da tentativa de diferenciar os conceitos de prescrição e decadência, por exemplo, conceitos que até hoje apresentam dificuldades aos juristas, Windscheid esclareceu o significado de cada um a partir de suas partes constitutivas e criou a teoria que ainda hoje é predominante, a qual envolve a criação de um novo conceito (pretensão) que permitiria descrever melhor certas peculiaridades do direito civil que antes não eram bem percebidas porque descritas com base em conceitos confusos [...] (Windscheid, *apud* COSTA, 2009, p.73).

Foi Através da sistematização dos conceitos que surgiu a noção de teoria geral do direito, onde os conceitos seriam embasados pela razão e formulados indutivamente através da análise dos direitos historicamente constituídos. (COSTA, 2009).

## 5 JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA DA COMMON LAW

### 5.1 A origem da jurisprudência analítica

Numa época onde o rei tinha o poder absoluto as suas ordens deveriam ser respeitadas por todos. Para tanto, os comandos emanados do rei, necessariamente acarretariam punições para quem não os obedecesse. (COSTA, 2009).

Nessa concepção de soberania do rei, Jeremy Benthan<sup>8</sup> (*apud* DINIZ, 1993) trabalhou no desenvolvimento de uma teoria focada no estudo de fatos empíricos e atribui ao soberano à detenção do poder político hegemônico sem considerar quaisquer aspectos morais relativos a esse poder. (DINIZ, 1993).

Essa teoria tinha como objetivo observar os fatos existentes, e não o de valorar os parâmetros morais infundidos numa organização social. Logo, essas ideias produziram uma diferenciação muito forte entre direito e moral, de forma que as leis e as obrigações decorrentes dos comandos por eles propalados estariam separadas de uma obrigação moral. Assim, essa visão era direcionada a uma perspectiva científica e questionadora da eficácia, e não da legitimidade do direito. (COSTA, 2009).

Segundo o pensamento de Benthan, (*apud* DINIZ, 1993) o direito poderia ser resumido como a reunião de prescrições e proibições oriundas da vontade do soberano. Dessa forma, exclui-se a noção de direito natural, e coloca-se o direito positivo como única forma de direito válida. O autor atribui ao direito um significado mais amplo do que era comumente atribuído por outros juristas. Nessa expansão de sentido não apenas os comandos vindos do soberano formavam o direito, os que fossem originados das autoridades reconhecidas por ele também o eram, fossem essas, autoridades judiciais, executivas ou militares. (DINIZ, 1993).

O poder dessas autoridades tinha validade e força porque era derivada do poder soberano, que detinha a capacidade de punir a quem não cumprisse seus deveres estabelecidos pelas leis. (DINIZ, 1993).

Dessa forma Benthan (*apud* ROCHA, 2009) defendia que o direito poderia ser uma ordem direta ou

---

<sup>8</sup> Foi um importante jurista e filósofo e um dos expoentes do positivismo inglês.

indireta do soberano. Desse ponto em diante, Austin<sup>9</sup> (*apud* ROCHA, 2009) desenvolve essas ideias e nesse ponto surge a escola analítica da jurisprudência.

## 5.2 Desenvolvimento e características da escola analítica

Austin (*apud* ROCHA, 2009) considerava que o objeto do direito deveria ser restrito as leis positivas, sem levar em consideração valores morais em seu conteúdo. A ciência da jurisprudência deveria ter o foco nas leis em seu sentido literal, não deveria atribuir a elas qualquer juízo de valores, avaliar se eram boas ou más. (ROCHA, 2009).

A escola analítica de jurisprudência era pautada por uma análise conceitual. Na jurisprudência analítica, Austin (*apud* COSTA, 2009) desenvolve e trabalha a conceituação de comando, que pode ser entendido como uma ordem vinda de um superior, destinada a um subordinado, com o intuito de que este faça ou deixe de fazer alguma coisa sob pena de punição. O comando está intrinsecamente ligado a uma punição. Reforça-se uma relação de dependência entre comando a punição, na qual não existiria comando sem punição. (COSTA, 2009).

Nesse sentido, existe uma divisão entre leis impróprias e leis próprias. As leis impróprias não eram consideradas comandos, porque não tinham emissores, como por exemplo: as leis naturais e as regras morais. As leis próprias eram consideradas comandos, pois teriam emissores predefinidos. Esses emissores eram detentores de autoridade política, que era atribuída a eles pelo soberano que era o detentor do poder máximo e poderia criar novas regras jurídicas. (COSTA, 2009).

---

<sup>9</sup> Foi um importantíssimo jurista da jurisprudência analítica e do positivismo jurídico como um todo.

O soberano seria aquele que não está submetido a ninguém, mas que é obedecido habitualmente por todos.

Portanto, o direito positivo seria derivado dos comandos emitidos pela autoridade soberana.

Para melhor entender esse movimento é necessário estabelecer, ainda que de forma resumida, os preceitos básicos do *common law* (*apud*, VICTOR, 2014), que era um sistema jurídico formado por uma integração entre costumes, precedentes, em leis escritas. (VICTOR, 2014).

Existia uma relação tríplice entre legislação, precedentes e costumes. Primeiramente podemos analisar que as decisões judiciais caso tivessem por base os costumes, estariam a eles vinculadas como um pressuposto de sua validade. Nesse sentido, segundo (VICTOR, 2014, online).

As decisões judiciais, no entanto, fazem as devidas referências aos costumes gerais no intuito de se mostrarem com eles congruentes, atribuindo a essa conexão sua validade e sua força vinculante. Assim, o *common Law* não se identifica fielmente aos costumes gerais do reino, mas estes constituem a sua fonte de validade enraizada na nação, não somente por uma certa forma de derivação, mas como fonte atribuída e pelo esforço de congruência a que se submetem as decisões judiciais.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado as decisões judiciais se fundamentam na legislação. Ou seja, as decisões devem se ligar ao disposto na lei, caso contrário não seriam válidas. (STRECK, 2009)

Quanto aos precedentes, criou-se a noção de que as decisões judiciais oriundas de tribunais superiores

poderiam ser aplicadas por tribunais inferiores quando estivessem diante das mesmas situações que originou as decisões superiores, ou seja, decidir-se-ia conforme um precedente. Porém, as decisões de tribunais superiores somente adquiriam a dimensão de precedente se fossem formadas de maneira progressiva, desde que fosse usada reiteradamente como fundamento de teses jurídicas apresentadas pelas partes, e deveriam ainda, tornar-se um padrão decisório para os tribunais e instâncias do judiciário. Somente assim teriam a possibilidade, de com o tempo, vir a ser um precedente. (STRECK, 2009).

Com isso, tem-se que, a formação do precedente é progressiva, e democrática. Além disso, para que um precedente seja aplicado, o juiz deve analisar cada caso especificadamente para verificar se é aplicável ou não a decisão por precedente, o que vincula um precedente é delimitado pelos tribunais inferiores e não pelo próprio órgão que emanou a decisão anterior. (STRECK, 2009).

Por último e não menos importante, ressalta-se o caráter hierárquico entre legislação, precedente e costumes, de forma que havia uma necessária vinculação do magistrado, como bem explicitado na seguinte passagem (HART, 2007, p.112): *[...] no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de common law podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [...]*.

Portanto no positivismo inglês, a atuação do magistrado também encontrava limitações, sendo que em qualquer caso era necessário o respeito à legislação, como pressuposto de validade das decisões judiciais. (STRECK, 2009).

## 6 MOVIMENTOS QUESTIONADORES DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO

O positivismo primitivo foi alvo de muitas críticas, e ao longo dos anos foram desenvolvidas várias teorias que buscaram a superação, ainda que parcial, do positivismo jurídico. Ao que nos interessa, cabe explorar as principais teorias que questionaram as principais escolas positivistas. (STRECK, 2016).

Tendo em vista as três principais escolas positivistas, que foram expostas neste trabalho (Francesa, Alemã e Inglesa), cada nova teoria enfrentou alguma dessas escolas, o movimento do direito livre, na França, o realismo norte-americano e escandinavo (no direito do common Law, inglês), e a Jurisprudência dos Interesses, na Alemanha. (STRECK, 2016).

### 6.1 Movimento do Direito Livre

O movimento do direito livre surge como contraposição ao positivismo exegético, onde o juiz deveria agir de forma mecânica fazendo apenas a subsunção dos fatos com as leis. (CAMARGO, 2003).

O pontapé inicial pode se seu no final do século XIX, nas ideias de investigação propostas por François Gény (*apud*, CAMARGO, 2003) que partia de uma abordagem sobre a atuação dos juízes diante do silêncio das leis, e defendia a tese de livre investigação científica.

A intenção central era dar respostas para as “lacunas” no direito. Quando a solução não pudesse ser dada pelas leis existentes (da subsunção dos fatos as normas). Neste caso o juiz deveria fazer uma análise, que considerasse os fatos sociais em conjunto com as leis e dessa forma poderia chegar à solução do caso concreto. (CAMARGO, 2003).

A investigação científica era utilizada pela sua racionalidade e rigor, de forma que seria pautado de acordo com critérios objetivos e claros, que teriam como objetivo evitar discricionariedades e ao mesmo tempo apresentar uma solução legítima, embasada na nos costumes e nos valores encontrados na sociedade. (CAMARGO, 2003). O próprio autor define a utilização da pesquisa científica como:

Pesquisa livre, uma vez que ela se encontra aqui subtraída a ação própria de uma autoridade positiva; pesquisa científica, ao mesmo tempo, porque ela não pode encontrar suas bases sólidas senão nos elementos objetivos, que somente a ciência pode revelar. (GENY, *apud* CAMARGO, 2003, p.69).

Se a solução não pudesse ser extraída da lei, o aplicador das normas poderia buscar uma solução fora da esfera dos textos legais positivados. Essa solução seria obtida através da atividade científica, e somente por ela poderiam ser fornecidos ao intérprete, instrumentos para superar as limitações do positivismo exegético. Porém, o intérprete não poderia contrariar o texto legal negando os seus princípios fundamentais, fato que tornaria a atividade do intérprete um exercício arbitrário. A investigação científica deveria fornecer ao intérprete, elementos de justiça condizentes com a realidade, e dessa forma as limitações legais seriam superadas. (DINIZ, 1993).

Por isso, a atuação do intérprete não poderia ignorar as leis existentes e deveria ser aplicada apenas nos casos de lacunas, e sempre observando os princípios gerais vigentes na ordem jurídica positiva. A lei continuava a ser a principal fonte do direito. Antes de aplicar qualquer outro critério, dever-se-ia consultar as leis e não havendo nenhuma maneira de aplicá-las, e que se deveria utilizar a

investigação científica. (DINIZ, 1993).

[...] diz François GénY, a experiência demonstra que a lei escrita é incapaz de solucionar todos os problemas suscitados pelas relações sociais e até mesmo os casos que caem sob sua égide, isto porque a sua solução não depende somente da letra da lei, mas também de ponderação dos fatos sociais concretos, por ser necessário investigar as realidades sociais concretas, para que a aplicação das leis produza os resultados perseguidos pelo legislador. (GENY *apud* DINIZ, 1993, p. 57).

Desse modo, ressalta-se a existência de dois componentes: o construído, que seria aquele artificial (leis); e o dado, que seria um elemento natural, os fatos sociais, o produto das razões naturais. (COSTA, 2009).

Portanto, o direito ainda era quase exclusivamente baseado pelas leis positivadas, sendo o ponto central dessa teoria a busca de soluções não dadas pelas leis, mas que só poderiam ser buscadas quando a lei fosse silente a respeito de determinada situação. (COSTA, 2009).

## 6.2 O Movimento do Direito Livre na Alemanha

O ponto inicial do movimento se dá com a conferência apresentada por Eugen Ehrlich (*apud* STRECK, 2016). A conferência aconteceu na Alemanha, em 1903, e tinha como título “a luta pela ciência do direito”. Nela foi defendida a livre busca pelo direito, foi confrontada a ideia de que o juiz está adstrito ao texto legal. A principal tese era de que o juiz, ao aplicar as leis, deveria levar em conta os fatos sociais que deram origem ao litígio, assim como os costumes. (CAMARGO, 2003).

O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo. (EHRlich, 1986, apud, CAMARGO, 2003, p.98).

Sobre a conferência, Lenio Streck (2016) tece os seguintes comentários:

[...] publica em 1905, sob o pseudônimo Gnaeus Flavius, o famigerado panfleto intitulado *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A luta pela Ciência do Direito) que pretendia unificar, em um único movimento, as posições teóricas que sublinhavam a função criativa, e não apenas declarativa do juiz. Gustav Radbruch, que à época também perfilava as fileiras do movimento do direito livre, afirma que a opção pelo pseudônimo deu ao panfleto do jovem Kantorowicz grande notoriedade, na medida em que passava a impressão de ser um escrito de um escritor maduro e experimentado, tendo influenciado juristas como Bülow, Unger e Klein. Todos eles, de alguma forma, reivindicavam um papel protagonista da magistratura na aplicação do direito. (KANTOROWICZ; BÜLOW; UNGER; KLEIN *apud* STRECK, 2016, p.04).

Neste movimento o direito oriundo dos movimentos e grupos sociais é tido como legítimo. Ele deveria ser absorvido pela doutrina e reconhecido pelo Estado através da atuação dos juízes. (DINIZ, 1993).

Por isso, assim como ocorreu na França, na Alemanha o movimento busca quebrar a aplicação

mecânica do direito (onde o juiz deveria seguir estritamente as leis) porque essa aplicação não permitia que fossem resolvidas as lacunas deixadas pelo direito, e era justamente essa a intenção dessa nova teoria. (DINIZ, 1993).

A ideia era que o juiz fosse além das leis, que levasse em conta a sociedade e analisasse os fatos. Porém, na escola do direito livre, o juiz poderia valer-se da interpretação extensiva, não somente nos casos em que existissem lacunas, ele poderia interpretar também quando a lei não clarificasse qual seria a solução apropriada para determinado caso. (STRECK, 2016).

Tal problemática é explicitada na seguinte passagem:

“Direito Livre quer dizer, no fundo: livre da lei. É certo que os representantes desse movimento sempre se opuseram à ‘fábula-*contra-legen*’, à acusação de que eles queriam permitir ao juiz ignorar a lei (vigente) e até decidir contra ela. De fato, os juristas do direito livre nunca ensinaram tal coisa. Eles apenas queriam indicar qual o procedimento a adotar o juiz, quando a lei apresentasse lacunas. Contudo, e é este o *busillis* da questão, segundo a concepção da doutrina no direito livre, a lei não tem lacunas apenas quando não contenha, de todo em todo, uma regulamentação aplicável ao caso, mas já aí onde não resolve o caso de forma expressa e inequívoca (*hard case* no sentido de H.L.A. Hart). E naturalmente que isto é o que acontece quase sempre, pelos menos em todos os casos discutíveis” (KAUFMAN, 2002, *apud* ROCHA, 2009, p.20).

Essa interpretação aplicada aos casos não estivessem claramente expressos em lei gerava um grande poder aos juízes, porque provocavam ações discricionárias. Nas correntes mais extremistas da direito livre, em busca dessa correspondência com a realidade, chegou-se ao ponto de admitir interpretações *contra legem*. (STRECK, 2016).

### 6.3 Jurisprudência dos Interesses

A jurisprudência dos interesses é uma espécie de ramificação da escola do direito livre, porém com ideias mais contidas. (STRECK, 2016).

O principal nome é o de Philipp Hack (*apud* STRECK, 2016), que entendia ser a lei insuficiente para englobar toda realidade social, a lei, por vezes, estaria num terreno abstrato, avesso a realidade fática. Ressalta-se a influência político-social sobre esse movimento, pois a Europa vivia um momento de muita tensão entre os países, o qual culminou com a 1ª guerra mundial. (STRECK, 2016).

A ideia central da jurisprudência dos interesses era baseada na premissa de que a resolução do conflito de interesses das partes, o juiz deveria sopesá-los para buscar uma solução adequada, esse seria o objetivo, e não a análise das normas em si, as normas eram meios para se chegar à resolução dos conflitos. (STRECK, 2016).

Na tarefa interpretativa, cabe ao juiz recompor os interesses em conflito que estavam presentes na gestação da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir de uma *ponderação* (*Abwägung*) dos interesses que estão em situação de tensão no caso que lhe é apresentado. Portanto, pelo menos duas são as diferenças entre a

jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre: por um lado, a jurisprudência dos interesses não admite decisões *contra legem*, pregando a vinculação do juiz à lei quando as situações da vida que são levadas à sua jurisdição encontrem previsão legislativa; por outro, a jurisprudência dos interesses desenvolve um método que procura guiar a atividade criativa do intérprete/juiz: a *ponderação* (*Abwägung*) dos interesses em conflito. Bem antes de Alexy, registre-se. (Alexy, *apud* STRECK, 2016, p.4).

A atividade do juiz era complexa, pois ele deveria avaliar conjuntamente, o disposto nas leis, os interesses presentes no caso em discussão no momento em que a lei fosse aplicada e os seus próprios valores, sua experiência de vida, o seu senso de justiça. No conflito existiram dois interesses contrapostos: os interesses gerais, que corresponderiam a aquilo que estivesse contido nas palavras, que seriam definidos pelas leis; e os interesses individuais, que seriam os das partes, que seriam definidos pelas suas próprias vontades. O papel do juiz era avaliar esses interesses e buscar uma solução adequada. (CAMARGO, 2003).

O ordenamento jurídico não era completo, existiam lacunas. Por isso na jurisprudência dos interesses, não se deve esperar que o juiz siga de forma mecânica o que está disposto nas leis, ele deve desenvolver critérios interpretativos conjuguem os interesses postos pelo legislador (leis), com o interesse das partes, e determina uma solução adequada para o conflito. (STRECK, 2016).

Dessa forma na jurisprudência dos interesses, a atividade do juiz não está limitada na subsunção de dos fatos as leis, as decisões deveriam adequar-se as necessidades da vida prática, analisando os interesses em

discussão. A atividade do juiz teria como função a composição dos interesses em conflito. (STRECK, 2016).

#### 6.4 O realismo jurídico

O realismo jurídico tem várias facetas, porém, é possível encontrar um ponto em comum nesse movimento. Esse ponto seria a noção de que o direito não deveria ser pautado unicamente nas normas positivas, mas nas decisões dos tribunais, valorando os meios os que influenciaram a tomarem as decisões. (DINIZ, 1993).

[...] o *realismo jurídico* abrange correntes teóricas que se afastam de qualquer investigação jusfilosófica de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à ideia do direito, considerando tão-somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem. O realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apóia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto. (DINIZ, 1993, p.68).

Karl Llewellyn e Jerome Frank (*apud* COSTA, 2009) estão entre os autores mais importantes desse movimento. Eles escreveram suas principais obras sobre o realismo jurídico numa época de grande turbulência, mais precisamente em 1930, logo após a eclosão da grande crise de 1929, além dos crescentes conflitos envolvendo os movimentos sindicais e a ascensão de ideologias totalitárias, como o nazismo e o fascismo. Esses acontecimentos geraram muitos questionamentos sobre as instituições do Estado, pois o direito não poderia admitir

esse tipo de manifestação. Isso fortaleceu muito o pensamento antinormativista. (COSTA, 2009).

Jerome Frank (*apud*, COSTA, 2009) defendia a ideia de que o direito relativo a uma situação específica só seria entendido até que um tribunal proferisse uma decisão a respeito. No realismo jurídico rejeita-se uma visão idealista do direito, no sentido de que as normas jurídicas trariam a solução para todos os casos, onde os juristas fariam apenas a aplicação literal das leis. Muitas vezes, as leis não estariam em consonância com a realidade, de forma que elas não seriam aptas a solucionar todos os casos em litígio. A solução somente seria dada com a decisão judicial, ou seja, o direito não era somente o que está nas leis, deve-se levar em conta as decisões judiciais e a maneira como elas são proferidas. (COSTA, 2009).

A função do idealismo seria atribuir uma visão descritiva, que se explica como o direito era na realidade ao invés de desenvolver preceitos que dissessem como o direito deveria ser. Foca-se na análise do comportamento dos juízes, de forma que fosse investigada como era a sua atuação. Segundo Alexandre Araújo Costa (2009, p. 152):

Percebe-se, assim, o discurso realista não visa a explicar o que os juízes deveriam fazer, mas simplesmente a descrever o que eles efetivamente tendem a fazer, tratando-se, pois, de um discurso despido da carga prescritiva. Neste ponto, o realismo diferencia-se das teorias sociológicas anteriores, especialmente da sociological jurisprudence, pois, enquanto elas tinham como finalidade básica oferecer aos juízes um modelo dogmático que orientasse a aplicação do direito, o realismo limitava-se a oferecer uma descrição do modo como o poder judiciário efetivamente operava.

Esta é uma peculiaridade muito importante, dado que marca uma diferença em relação à maioria das outras teorias jurídicas que têm no juiz a sua figura principal. Enquanto as teorias jurídicas são normalmente centradas na figura do juiz e na pergunta “o que o juiz deve fazer para resolver adequadamente os casos a ele submetidos?”, o realismo concentra-se na figura do advogado e na tentativa de identificar as formas efetivas de atuação dos juízes, inclusive para capacitar os advogados a prever os resultados de um processo e a influenciar as decisões judiciais conforme seus interesses. (COSTA, 2009, p.152)

Neste sentido, o realismo jurídico prova uma mudança estrutural de pensamento, pois não se concentra na busca por uma solução compatível com estritamente com as leis positivadas, mas em identificar de que forma os juízes atuam, em que eram baseadas as suas ações. (COSTA, 2009).

### 6.5 Jurisprudência dos valores

Após a segunda guerra mundial, o positivismo jurídico passa por grandes questionamentos, pois o respeito absoluto as leis, serviu de fundamento de validade para alguns regimes totalitários, principalmente o nazista, que alterou algumas leis, de forma que seus atos se tornassem legais, apesar de serem antidemocráticos, desumanos e totalmente reprováveis. Por isso foi necessário criar uma nova teoria que buscasse a justificação das normas em outros valores, que seriam superiores ao direito positivo. (LARENZ, 1997).

O principal representante dessa ideias foi Gustav Radbruch (*apud* COSTA, 2009). Para ele o direito

deveria refletir os valores condizentes com a realidade, existem princípios fundamentais do direito que seriam superiores a qualquer outro conceito jurídico positivado, a validade do direito positivo não pode ser sustentada apenas por critérios formais. A lei que contrariasse os preceitos fundamentais do direito não poderia ser considerada válida. (COSTA, 2009).

A jurisprudência dos valores muda a noção de que a interpretação das leis está restrita a mera subsunção da lei aos fatos, para acrescentar a necessidade de se avaliar os casos com base em valores extrajurídicos. Por isso foi se tornando cada vez mais comum a utilização de conceitos indeterminados que mudaram a forma como os operadores do direito lidavam com a interpretação. (LARENZ, 1997).

Os intérpretes deveriam reconhecer os valores extrajurídicos como critérios de avaliação, de modo a influir na aplicação das leis, pois dessa forma evitar-se-ia a aplicação de decisões contrárias a valores universais como a igualdade, liberdade e a justiça. (COSTA, 2009).

## 7 O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Ao falar de positivismo jurídico é impossível não mencionar a Teoria Pura do Direito, desenvolvida por Hans Kelsen (*apud* COSTA, 2009). Neste espaço, será demonstrada apenas a compreensão do autor quanto à validade das leis positivadas e sua forma de aplicação, quais os critérios interpretativos bem como os limites utilizados. Tudo isso, como forma de expor a última grande teoria positivista, antes da superação do positivismo jurídico pelos movimentos neopositivistas e principalmente pela ascensão do constitucionalismo democrático. (COSTA, 2009).

## 7.1 O direito como ciência pura

Kelsen (apud COSTA, 2009) buscou uma descrição do direito positivo, mas essa descrição não falava de uma evolução do direito de forma determinada (descrição histórica do direito), não era uma descrição dos motivos que levaram as transformações das leis (descrição sociológica), nem buscava justificar filosoficamente algum critério de legitimidade do direito. Ele buscava a descrição do direito como um todo, bem como sua fundamentação como ciência, estabelecendo um conceito puramente formal do direito. (ROCHA, 2009).

Dessa forma, uma norma seria válida de acordo com sua conexão com as outras, e porque essas seriam oriundas de uma autoridade constituída por um comando superior. (ROCHA, 2009). Neste sentido temos o seguinte exemplo:

[...] uma sentença judicial que determina ao vendedor de um automóvel que ele deve devolver parte do dinheiro pago pelo comprador porque o veículo alienado tinha um defeito oculto. Essa decisão somente será válida se o contrato em que ela se baseia for válido. Por sua vez, o contrato somente será válido se celebrado de acordo com as leis que regulam o contrato de compra e venda. E essas leis somente serão válidas se houverem sido editadas com observância de todas as regras constitucionais sobre processo legislativo. (ROCHA, 2009, p.140).

Dessa forma, há uma ligação entre as normas, porém elas não estão no mesmo nível, a uma relação hierárquica. Por isso temos que o ordenamento jurídico

não seria um sistema organizado de normas equivalentes em hierarquia. As normas seriam separadas em: superiores (se atribuírem validade a outras), ou inferiores (quando validadas por outras). Aqui cabe uma importante observação, pois as normas jurídicas não carregam a noção de superioridade em si mesma, a hierarquia entre elas, existe apenas quando dispostas umas em relação às outras. (LARENZ, 1997).

A noção de hierarquia das normas costuma ser retrata pela figura de uma pirâmide, o que nos remete a jurisprudência dos conceitos, onde essa estruturação piramidal já era utilizada pelos juristas. (LARENZ, 1997).

Apesar de tudo, a ideia de hierarquização das normas, representada pela estrutura piramidal, nunca foi utilizada por Kelsen (apud COSTA, 2009), mas serve como conceito acadêmico, de forma que explica satisfatoriamente esse sistema, onde as normas gerais estão no topo e as demais se posicionam abaixo conforme o seu grau de especificidade. (LARENZ, 1997).

Decorrente dessa hierarquia, se estabelece que uma norma superior daria o poder de determinada autoridade produzir uma norma inferior. Porém, essa norma inferior deveria respeitar os limites impostos pelas normas superiores, como forma de manter o elemento de sua validade. (COSTA, 2009).

Isso é percebido na seguinte passagem:

O Congresso Nacional elabora leis dentro da moldura criada pela Constituição; o Presidente da República edita decretos dentro da moldura criada pelas leis; os cidadãos podem celebrar contratos desde que não afrontem as outras normas do sistema; e os juízes criam normas para regular os casos concretos que lhe são apresentados, dentro da moldura criada por todas as normas gerais do sistema. (COSTA, 2009, p.141).

Dessa forma, há a aproximação entre atividade legislativa e atividade judicial, pois ambas estariam pautadas pela ideia de criação, validada pelo poder normativo que foi atribuído aos juízes por um ordenamento jurídico. Por isso, os juízes não se limitariam a mera ligação dos fatos as leis, pois dentro da moldura estabelecida pelas normas superiores poderiam interpretar, para solucionar os casos de forma específica. Para Kelsen (apud COSTA, 2009), o juiz se assemelharia ao legislador, pois os dois baseiam-se nas molduras a eles impostas 37 e dentro de seus limites podem criar comandos, podendo inclusive ir além das molduras. (COSTA, 2009).

O sistema aceitaria essa criação de normas quando não houvessem meios hábeis para modificá-las, portanto, legislador e juiz seriam diferenciados pela amplitude de sua atuação, uma vez que o legislador atuaria dentro de uma moldura mais ampla, e os juízes com uma moldura mais restrita. (COSTA, 2009).

Por atribuir aos juízes um papel criativo, afasta-se as teorias até então desenvolvidas que buscavam dar aos juízes uma atuação onde aplicariam as normas aos casos concretos, fato que se que cada vez mais encontrava-se mais distante da realidade experimentada pelos tribunais. (COSTA, 2009).

Neste sentido:

[...] dedicou sua obra a desenvolver uma teoria jurídica que não tivesse um caráter ideológico, ou seja, que não se prestasse à justificação de nenhum sistema político ou social em particular. Porém, diferentemente dos realistas norte-americanos, que buscaram descrever o modo como os juízes decidem casos, Kelsen buscou analisar as estruturas lógicas envolvidas no pensamento jurídico. Como afirma Warat, o objetivo

de Kelsen não era mostrar como os juristas efetivamente pensam, mas explicar como seria possível pensar cientificamente o direito. (KELSEN, WARAT, *apud* COSTA, 2009, p.143).

Ao tentar estabelecer um discurso científico, Kelsen (apud COSTA, 2009) refuta de que o direito pudesse servir para solucionar de forma correta cada caso, pois para as terias tradicionais o direito poderia ser analisado e dentro do próprio ordenamento seriam encontradas as soluções para os casos. Desenvolveu-se a ideia de que situações singulares não encontrariam respaldo no ordenamento jurídico vigente, sendo totalmente contrário a ideia do “juiz boca de lei”. (COSTA, 2009).

Para Hans Kelsen (apud (COSTA, 2009), o ordenamento jurídico não poderia dar todas as repostas para todos os casos, pois as normas teriam um conteúdo com certo grau de indeterminação, de forma que elas não poderiam vincular toas as situações, sempre existiria uma margem para interpretação que teria o objetivo de preencher o quadro no qual a atuação do intérprete estaria limitada. (COSTA, 2009).

## 7.2 Critérios Usados na interpretação das normas

O preenchimento da moldura seria feito através de critérios não convencionais, o ato jurídico produzido seria criado de forma livre. Nem mesmo a justiça seria um ideal a ser buscado, porque a função da ciência do direito seria descrever, e não dizer de que forma os juízes deveriam agir. Kelsen (apud COSTA, 2009) diz que não existe um critério científico para preencher a moldura. (COSTA, 2009).

Essa reação de Kelsen contra a ilusão da resposta única não deve ser entendida como a defesa de um irracionalismo, pois ele sustenta que a delimitação da moldura é um ato de razão não influenciado por quaisquer posições ideológicas. Nessa medida, apesar de reconhecer que toda decisão possui um conteúdo volitivo, a teoria pura do direito tenta manter um espaço para a racionalidade, na medida em que a afirmação kelseniana de que as normas são parcialmente indeterminadas, implica que elas também são parcialmente determinadas. Com isso, Kelsen assegura um papel definido para a ciência do direito, que tem de abrir mão de manifestar-se acerca do preenchimento da moldura (pois essa é uma atividade valorativa e, portanto, irracional), mas mantém sua competência acerca da definição dos limites da moldura a ser preenchida. (KELSEN; *apud* COSTA, 2009, p.146).

O juiz não tem liberdade irrestrita, pois ele estria vinculado ao que já foi estabelecido pela norma, o juiz atuaria apenas dentro dos limites que a norma estabeleceu. Neste sentido, a ação jurisdicional tem uma fundamentação na lógica formal e também na atuação volitiva do juiz, que poderia até ser limitada, mas nunca suprimida. (COSTA, 2009).

Há uma duplicidade na aplicação das normas (cognitivo e volitivo), sendo que não a atuação volitiva não pode ser limitada por critérios jurídicos, mas existia a condição de que a atuação estive dentro da moldura delimitada pelo comando superior (leis positivadas). Poderiam ser levados em conta valores morais, políticos ou ideológicos, mas não poderiam encontrar barreiras em critérios jurídicos, pois o direito não tem a ver com a relação das normas jurídicas. (LARENZ, 1997).

A Teoria Pura do Direito teria como objetivo buscar a delimitação, a moldura na qual o aplicador do direito poderia aplicar suas escolhas, não cabendo a ciência jurídica definir qual a solução correta para um determinado caso. Não era aceito que o juiz exercesse uma atividade meramente racional, que a atuação do magistrado deveria ser restrita a subsunção das leis aos fatos, que o ato de julgar seria uma expressão livre do julgador, mas estabeleceu uma ciência do direito com uma definição de moldura a ser preenchida pela vontade. (LARENZ, 1997).

Não podemos confundir a figura do juiz com a do cientista, a moldura é fixada por ato de cognição, o juiz poderia decidir fora dela, de acordo com suas motivações políticas. (LARENZ, 1997).

Essa atuação fora da moldura seria validada pelo próprio direito, pois ao transitar em julgado a sentença não pode ser alterada, e dessa forma, mesmo que a ação do juiz tenha extrapolado a moldura, a decisão não poderá ser reformada. (LARENZ, 1997).

### 7.3 A Aceitação da teoria Kelseniana

A teoria de Kelsen (1999) não servia de sustento para nenhuma das grandes manifestações políticas e sociais da época (liberalismo, nacional-socialismo), por esse motivo não houve uma grande recepção das suas ideias (inicialmente), pois sustentou um relativismo oposto a todas, pois para ele, a ciência não deveria servir para justificar ideologias. (KELSEN, 1999).

Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os social-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista ela é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-

nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é — asseguram muitos — aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateu. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza. (KELSEN, 1999 p.08).

Essa passagem mostra que o próprio Kelsen (*apud* COSTA, 2009) reconhece que houve uma rejeição a sua teoria, e que ela era justamente uma contraposição ao uso da ciência para justificar atos políticos, ao contrário, ele buscava justamente essa separação, por isso é errôneo atribuir a teoria pura do direito a sustentação para movimentos como o nazismo e o socialismo por exemplo. (COSTA, 2009).

Portanto, ideia era desenvolver uma teoria pura, desvincular o direito de qualquer viés político, nesse sentido Kelsen (1999) buscou:

[...] desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência,

de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1999, p.7).

Com isso, ao menos num primeiro momento, a teoria pura do direito não foi recepcionada, mas provocou um intenso debate sobre o tema que perdura até os dias de hoje. (COSTA, 2009).

## 8 CONCLUSÃO

Por fim, através do presente trabalho, observou-se a importância do positivismo jurídico para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, desde a antiguidade, onde surge como contraposição ao direito natural. Até então existia apenas o direito positivo como aquele criado pelos homens, ele não estava ligado ao conceito de positivismo jurídico. Essa separação perdurou por muitos anos, e conforme a sociedade se desenvolvia e passava a se desvincular das ideias jusnaturalistas, o direito positivo ganhava força, até o ponto em que surge a primeira manifestação do movimento positivista com a escola exegética.

Foi possível mostrar que não só em relação ao direito, o positivismo exerceu influência, mas na política e nas relações sociais, houveram grandes mudanças, principalmente nos países da Europa, em especial na França, que atravessava uma grande revolução que provocou grandes mudanças na sociedade de diversos países da Europa e do mundo, criou-se uma nova concepção de sociedade.

Dessa forma o presente trabalho explorou as principais manifestações do positivismo jurídico, que ocorreram na Alemanha, França e Inglaterra. Em cada país o movimento guardou suas particularidades, mas mantendo sempre a mesma ideia central, de forma que é possível colocar o positivismo Francês, Inglês e Alemão como sendo exegéticos,

Com o desenvolvimento da sociedade, as leis não tinham todas as respostas para todas as situações, dessa forma, certas situações não encontravam amparo legal, e por isso os magistrados encontravam sem alternativas para resolver alguns casos.

Por isso, se iniciou a mutação do positivismo jurídico através da ascensão de novas teorias que ainda eram positivistas, mas pela primeira vez romperam com a noção de subsunção como única forma de aplicação das normas jurídicas, atribuindo aos intérpretes um grau de discricionariedade na aplicação das leis com o objetivo de solucionar os casos difíceis, onde as leis escritas não previam qual norma seria aplicada ao caso. Porém a discricionariedade não era irrestrita, como já foi dito, as novas teorias ainda eram positivistas, mas comportavam uma margem interpretativa maior do que aquele dado nas teorias exegéticas.

Logo em seguida foi apresentada a última grande manifestação do movimento positivista, na teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Portanto, pode-se concluir que o positivismo jurídico não se resume ao jargão popular do juiz “boca de lei”. O movimento apresenta diversas facetas, além de ter sido de suma importância para o desenvolvimento do direito e da hermenêutica jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALTMAN, Max. Hoje na História: Entra em vigor o código napoleônico. In: **Opera Mundi**, 21 mar 2010. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/noticia/3317/hoje-na-historia-entra-em-vigor-o-codigo-civil-napoleonico>>. Acesso em: 21 jun 2018.

ALTMAN, Max. Hoje na História: Napoleão dá o golpe do 18 Brumário. In: **Opera Mundi**, 2009. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/noticia/1886/hoje-na-historia-napoleao-da-o-golpe-do-18-brumario>>. Acesso em: 21 jun 2018.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 1764 – In: **ebooks Brasil**. Versão para eBook, Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Edição Eletrônica: Ed RidendoCastigat Mores, 2001. Acesso em: 10 jul 2018.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito; compilados por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini. Carlos E. Rodrigues - São Paul: Ícone, 1995.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação** – Uma Contribuição ao Estudo do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro . São Paulo: Renovar, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. Hermenêutica Jurídica. In: **Arcos**, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/download.php?codigoArquivo=68>>. Acesso em: 15 jul 2018.

CURY, Paula Maria Nasser; MARÇAL, Antônio Cota. Uma releitura da Escola da Jurisprudência dos Conceitos à Luz do Pragmatismo Contemporâneo; Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009; In. **Publicadireito**, 2009. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2339.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2339.pdf)>. Acesso em: 02 jul 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERNANDES, Cláudio. Era Napoleônica. In. **Historia do mundo**, 2018. Disponível em <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/eranapoleonica.htm>>. Acesso em: 21 jul 2018.

HART, Herbert. **O conceito de direito**, 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo**. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Sérgio André. Evolução Histórica da Teoria Hermenêutica: do Formalismo do Século xviii ao Pós-positivismo. In. **Seer**, 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/viewFile/5/4>>. Acesso em: 05 set 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. 1762. Versão para eBook. In. **Ebooksbrasil**, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Edição Eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores, 2002. Acesso em: 10 ago 2018.

SOUSA, Ileide Sampaio. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais. In. **Periódicos**, 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2584/1810>>. Acesso em: 15 out 2010.

STRECK, Lenio Luiz. As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em TerraeBrasilis. 2016. Revista de Direito Civil Contemporâneo. VOL 8 (JULHO – SETEMBRO 2016). In. **Mpsp**, 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDCivCont\\_n.8.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.05.PDF)>. Acesso em: 25 out 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173. jan-abr 2010. In. **Univale**, 2010. Disponível em: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 18 set 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes)– Dois Decálogos Necessários; Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. In. **Sisbib**, 2010. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77>>. Acesso em: 19 out 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** – decido conforme minha consciência. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Considerações sobre a tradição jurídica do Common Law. In. **Conjur**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-06/consideracoes-tradicao-juridica-common-law>. Acesso em: 14/08/2010.

## A CAPACIDADE CIVIL REVISITADA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Patrícia Nogueira Oliveira<sup>10</sup>  
Márcia Pereira Costa<sup>11</sup>

### RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar as modificações introduzidas no ordenamento jurídico com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que concerne à capacidade civil, mormente em relação aqueles que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, com o intuito de averiguar se tais mudanças são prejudiciais e se acarretam danos graves àqueles que o Estatuto deveria proteger. Pode-se dizer que a pessoa com deficiência deixou de ser vista como pessoa com problemas físicos ou mentais, passando a ser tratada como pessoa detentora de capacidade civil. É o que apresenta o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº. 13.146/15, acarretando profunda transformação de igualdade entre às pessoas. Essa nova sistemática legal tem amparo na Constituição Federal, sobretudo nos princípios como o da dignidade da pessoa humana e isonomia. Entretanto, a nova legislação poderá trazer prejuízos às pessoas com deficiência. Assim, este estudo proporcionará uma visão ampla da Lei de Inclusão, na qual serão apresentadas as alterações e também as críticas proporcionadas, vindo ainda a especificar como passa a ocorrer à proteção

---

<sup>10</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

<sup>11</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade de Itaúna. Mestre em Direito (UIT).

jurídica às pessoas com deficiência e sua repercussão no direito.

**Palavras-chave:** Capacidade Civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Prejuízo.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de analisar as modificações elencadas introduzidas no ordenamento jurídico com o advento da Lei nº. 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), no que concerne à capacidade civil, mais concretamente, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, com intuito de averiguar se tais mudanças legislativas são prejudiciais e se acarretam danos graves àquele que o Estatuto deveria proteger.

O trabalho versará sobre situações controvertidas quanto ao instituto da capacidade civil, levando a apreciação se as pessoas com deficiência, são detentoras de tal capacidade e se estão aptas para exercerem, por si só, os atos da vida civil, haja vista que algumas pessoas detêm a capacidade limitada, privados de qualquer discernimento por enfermidade ou deficiência mental, intituladas como incapazes

Buscou esclarecer se as alterações produzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) em relação à capacidade civil também foram benéficas ou prejudiciais às pessoas que dela necessitam, proporcionando assim uma visão ampla da nova legislação.

Para tanto, será percorrido no segundo capítulo sobre a evolução histórica na sistemática civil e o instituto da capacidade civil e as modalidades de incapacidades, bem como os aspectos da Lei nº. 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), finalidades e as

alterações provocadas no Código Civil (BRASIL, 2002).

Posteriormente, no capítulo terceiro, demonstrar-se-á os pontos benéficos e as possíveis consequências com o advento da Lei nº. 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) na aplicação de determinados direitos, além de ressaltar a finalidade e apontar as alterações jurídicas da recente legislação, em relação à plena capacidade, bem como demonstrar as políticas públicas a fim de averiguar a concretização dos direitos fundamentais como inclusão e integração das pessoas com deficiência.

Por outro lado, no capítulo cinco, será tratada a questão da curatela e da tomada de decisão apoiada, que traz novos preceitos adotados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015). Notadamente serão abordados eventuais atritos legislativos entre o Código de Processo Civil e o Estatuto, em relação à ação de interdição, totalmente estruturada no CPC, levando em consideração se a interdição seria revogada pelo regime da curatela, bem como demonstrar posicionamentos jurisprudenciais para tratar o tema. Ainda nesse capítulo, serão comentadas controvérsias interpretativas que permeia o assunto pelo processo de tomada de decisão, daquelas pessoas que não detêm a plena capacidade, e de forma a averiguar qual deve ser a medida judicial protetiva mais adequada.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrar no cerne do assunto, importante destacar sobre a evolução histórica do Direito Civil, baseado na capacidade civil das pessoas. Para tanto, pertinente dizer que a pessoa com deficiência, historicamente, sempre sofreu pelo fato de nascer com deficiência, ou pelo motivo de que, em algum momento da vida, veio a ser acometido por algum desprovimento físico

ou mental, persistindo a idéia de que estas pessoas seriam “anormais” ou “limitadas”, visualizando assim, que o trabalho mais difícil, muitas vezes, não é com o deficiente, mas com a conscientização da sociedade e com a quebra de preconceitos das pessoas. (CRISTINA & RESENDE, 2006, *online*).

Nesta seara, serão apresentados alguns pontos importantes quanto à capacidade civil no Direito brasileiro, conforme se passa a analisar nos tópicos a seguir.

## **2.1 Dimensões consagradas do Direito Civil brasileiro**

Na sistemática civil, segundo a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, destacam-se três princípios informadores no Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro, sendo eles, o princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade, visando afastar o formalismo jurídico em proveito de valores que deveriam inspirar o ordenamento jurídico positivo e a interpretação jurídica dele decorrente, para que prevalecessem os interesses coletivos ou sociais sobre interesses individualistas e patrimonialistas assegurados pelo Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916. As normas civis deveriam alcançar assim, um nível de simplificação, resultando o direito civil como pratica social efetiva, devendo eliminar quaisquer tecnicismos a fim de dificultar sua interpretação e aplicação. (BARROSO, 2011).

Em concordância com o raciocínio anterior, assevera Maria Helena Diniz (2012, p. 67):

O novel Código passa a ter um aspecto mais paritário e um sentido social, atendendo aos reclamos da nova realidade, abolindo instituições moldadas em matrizes obsoletas, albergando institutos dotados de certa estabilidade,

apresentando desapego a formas jurídicas superadas, tendo um sentido operacional à luz do princípio da realizabilidade, traçando, tão somente, normas gerais definidoras de instituições e de suas finalidades, com o escopo de garantir sua eficácia, reservando os pormenores às leis especiais, mais expostas às variações dos fatos da existência cotidiana e das exigências sociocontemporâneas, e eliminando, ainda, normas processuais ao admitir apenas as intimamente ligadas ao direito material. Procura exprimir, genericamente, os impulsos vitais, formados na era contemporânea, tendo por parâmetro a justiça social e o respeito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tem por diretriz o princípio da socialidade, refletindo a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, dando ênfase à função social da propriedade e do contrato e à posse-trabalho, e ao mesmo tempo, contém, em seu bojo, não só o princípio da eticidade, fundado no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade, como também o princípio da operabilidade, conferindo ao órgão aplicador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa (LINDB, art. 5º), a norma possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada. Como diz Engisch, "normatividade carece de preenchimento valorativo", as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados contidos nos preceitos do novo diploma legal requerem uma valoração objetiva do julgador, tendo por base os valores vigentes na sociedade atual. Todos os princípios norteadores do Código Civil de 2002, ora vigente, giram em torno da cidadania, da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e

da livre iniciativa.

A menção aos princípios da boa-fé e equidade, bem como a invocação dos bons costumes, reflete no Código Civil (BRASIL, 2002) uma feição que é peculiar ao paradigma Estado Social de Direito, tendo em vista a tentativa de aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, além da unidade sistemática da parte geral, com a unificação linguística e unidade valorativa do sentido de concreção de que as normas se revestem, procurando unir as reflexões. Em suma, evidencia-se a prevalência dos valores coletivos, redimensionando os cinco principais personagens do Direito privado: “o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”, superando assim, os aspectos individualistas do Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916, de caráter eminentemente patrimonialista. (BARROSO, 2011).

Levando-se em consideração esses aspectos, o Direito Civil regula a vida das pessoas, desde a concepção, tal como, confere relevância ao embrião excedentário (art. 1.597, inciso IV, Código Civil (BRASIL, 2002)), até para além do falecimento, ainda reconhecendo a eficácia *pos mortem* do testamento. (GONÇALVES, 2014).

Conforme, realça a autora Maria Helena Diniz (2012, p. 61):

O direito civil é, pois, o ramo do direito privado destinado a reger relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre indivíduos encarados como tais, ou seja, enquanto membros da sociedade. É o direito comum a todas as pessoas, por disciplinar o seu modo de ser e de agir, sem quaisquer referências às condições sociais ou culturais. Rege as relações mais simples da vida cotidiana, atendo-se às pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua

qualidade de marido e mulher, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquire.

Ainda convém lembrar, os princípios basilares que norteiam todo o conteúdo do direito civil, como da personalidade, tendo em vista que todo ser humano é sujeito de direitos e obrigações, o da autonomia da vontade, pela capacidade jurídica da pessoa de praticar direitos e de aceitar deveres, nos limites legais, dando origem a negócios jurídicos; o da propriedade individual, pelas formas admitidas em lei quanto a constituir patrimônio; o da intangibilidade familiar, ao reconhecer a família, o da legitimidade da herança e do direito de testar, entre os poderes que as pessoas dispõem sobre seus bens (o de poder transmiti-los, total ou parcialmente, a seus herdeiros), o da solidariedade social, ante a função social da propriedade e dos negócios jurídicos, conciliando as exigências da coletividade com os interesses particulares. (DINIZ, 2012).

## 2.2 Da capacidade civil

Para a doutrina tradicional, pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, ou seja, é uma particularidade para ser sujeito de direito. Indivíduo este, tem o poder de fazer valer, por intermédio de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, sendo este indivíduo, sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica. (DINIZ, 2012).

Neste sentido, preleciona Clóvis Beviláqua (2011, p. 124):

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a

concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico na se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes um outro campo que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de por em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

Entende-se que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, respeitando assim, os direitos inerentes ao nascituro, desde a concepção, uma vez que já se inicia a formação de novo ser. (GONÇALVES, 2014). Encontra-se garantido assim, pelo dispositivo do artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 129) define o conceito de personalidade como:

[...] está umbilicalmente ligado ao de pessoa, ou seja, toda pessoa que nasce com vida, adquire-se a personalidade. Aptidão esta genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres, consagrados na legislação civil e nos direitos constitucionais a vida, liberdade e igualdade.

O reconhecimento da capacidade civil sofreu alterações desde o Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916 e posteriormente, com o Código Civil (BRASIL, 2002) de

2002, os critérios de definição da capacidade, relacionavam inicialmente ao desenvolvimento sexual das pessoas, com a codificação, estabeleceram-se: “[...] condições atinentes à idade e ao *status*, o grau de desenvolvimento da pessoa na vida em família e na sociedade”. (COSTA, 2011, p. 50).

E como assevera Igor Fontenele de Sousa (2016, *online*):

Cabe dizer que, a capacidade surge como uma espécie de medida jurídica da personalidade, que é reconhecida as pessoas naturais e jurídicas, compreendendo a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres. Mais especificamente, significando que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário, etc.) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros.

Desta forma, cabe proceder à da distinção da capacidade e da personalidade. Preleciona Simone Eberle citada por Márcia Pereira Costa (2011, p. 25): “[...] a autonomia conceitual da capacidade de direito em relação à personalidade, compreendendo seu conceito conforme as características do *ser* ou *ente* a quem for atribuída”.

Isaque Mozer (2018, *online*) refere-se à primeira, como: “[...] a capacidade de exercício dos direitos e obrigações, enquanto a segunda menciona o ser humano em adquirir e ser titular de tais direitos”.

A capacidade e a personalidade agregam-se de modo que o dispositivo legal do artigo 1º do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) evidencia a capacidade de direito, ressaltando, que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; aludindo à dignidade da pessoa

humana, não podendo esta, ser negada ao indivíduo.  
Conforme acentua a doutrinadora Maria Helena Diniz (2012, p. 167):

Da análise do art. I a do Código Civil surge a noção de capacidade, que é a maior ou menor extensão dos direitos e dos deveres de uma pessoa. De modo que a esta aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil, dá-se o nome de capacidade de gozo ou de direito. A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade.

Em virtude dos fatos expostos a capacidade subdivide-se em duas vertentes, a capacidade jurídica ou de direito (capacidade de gozo ou de direito) e a capacidade de fato ou de exercício (capacidade de agir ou de exercício).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 133): “[...] a capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade”.

Dado exposto, a capacidade de direito ou jurídica, explana a aptidão vinculada ao indivíduo, para o exercício da vida na ordem privada. Para Flávio Tartuce (2017, p. 65):

[...] a capacidade jurídica, aquela para ser sujeito de direitos e deveres, e que todas as pessoas têm sem distinção, afinal, existente tal capacidade, em havendo pessoa, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

Marcos Bernardes de Mello citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 133) prefere utilizar a expressão capacidade jurídica para caracterizar a: “[...] aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica”.

Além disso, Márcia Pereira Costa (2011, p. 51) ressalta a capacidade jurídica como: “Aquela atribuída a um ser (e não apenas atribuição a pessoas, uma vez que se aplica também aos entes capazes de direito, tais como massa falida, espólio e sociedades irregulares) da possibilidade ou pressuposto para ser sujeito de direito”.

Logo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 144): “[...] é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil”. Em conformidade, aduz da mesma forma Maria Helena Diniz (2012, p. 168):

[...] a capacidade de exercício, como a aptidão de exercer por si tais atos, consoante ao discernimento, ao juízo, sensatez e inteligência, e, quanto ao âmbito jurídico, à aptidão que o indivíduo tem de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 133):

A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem

capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Levando em conta do que foi observado, detendo-se tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato, evidencia-se a capacidade plena.

O sistema jurídico acentua a capacidade plena, capacidade esta, advinda da junção entre a capacidade de direito e a capacidade de exercício, dispondo ao indivíduo, a aptidão para exercer os atos jurídicos da vida privada. Todavia, há com pessoas que detêm a capacidade limitada, intitulado-as como incapazes. Conforme exterioriza doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 96):

Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita, como visto, de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade. São, por isso, chamados de "incapazes".

Nesse sentido, depara-se com indivíduos que não têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada ou de ação, a aptidão esta para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por carecerem de determinadas condições, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental entre outras situações, estando estes viabilizados pela legislação, a fim de protegê-los, malgrado a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de exercê-los pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste.

Portanto, necessário se faz distinguir a capacidade da legitimação. A legitimação pode ser entendida para prática de determinados atos jurídicos, em conformidade com o ordenamento jurídico. Neste sentido aduz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 134):

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: 'os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam'. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, 'legitimado' para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações.

E como diz Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 97):

Levando em conta, a falta de legitimação

por indivíduos impedidos de praticar determinados atos jurídicos, uma vez ausente a capacidade, como a título de exemplo, o tutor, do qual é proibido adquirir bens do tutelado, o casado, exceto no regime de separação absoluta de bens, de alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge; os tutores de dar em comodato os bens confiados a sua guarda sem autorização especial.

Assim sendo, a legitimação não mais é do que uma espécie de capacidade especial, ou seja, a capacidade específica de praticar negócio jurídico, desde que presentes os requisitos necessários para sua validade e eficácia. (RIBEIRO, 2003).

### 2.3 Das modalidades de incapacidade

As pessoas portadoras da capacidade de direito ou de aquisição de direitos, mas não possuidoras da capacidade de fato ou de ação, têm capacidade limitada e são chamadas de incapazes. (COSTA, 2011). Nesse sentido, cumpre invocar o preciso pensamento autora Márcia Pereira Costa (2011, p. 52):

[...] o indivíduo dispõe, em princípio, sendo capacitado a possuir e exercer direitos, somente não o sendo quando configurada algumas das limitações impostas pelo legislador, circunstâncias jurídicas individualizadoras da capacidade, referentes a enfermidades, estado de privação do discernimento ou inexistência de integração social que impeçam a realização de escolhas autônomas.

Como sintetiza Simone Eberle apud Márcia Pereira

Costa (2011, p. 52):

[...] quanto às pessoas naturais, os capazes e os incapazes, relativa ou absolutamente, sendo de um lado, figuram os aptos ou outra, careçam de auxílio de outra pessoa ou da suplantação de sua vontade para que se efetive o exercício direitos.

Ainda convém lembrar, que previamente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/15 (BRASIL, 2015), o Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro, disponha em seu artigo 3º, os indivíduos, absolutamente incapazes, sendo estes restringíveis de exercer atos da vida civil, os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. E intitulava os relativamente incapazes em seu dispositivo 4º do referido Código (BRASIL, 2002), como sendo os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, bem como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 56): “[...] entre a absoluta incapacidade e a plena capacidade civil, figuram pessoas situadas em zona intermediária, ou seja, os relativamente incapazes, por não gozarem de total capacidade de discernimento e autodeterminação”.

Logo, a incapacidade absoluta, se dava quando houvesse a proibição total do exercício do direito pelo incapaz, acarretando, em caso de violação do preceito, a nulidade do ato (art. 166, inciso I, Código Civil (BRASIL, 2002)). (DINIZ, 2012). Em regra, os absolutamente incapazes, não poderiam praticar por si tais atos da vida civil, sob pena de nulidade, do qual necessitavam de estar

representados para a validade do negócio jurídico. (COSTA, 2011).

A nulidade se dava quando ofendia preceitos de ordem pública, repelindo a sociedade, fulminando-o de nulidade, cessando qualquer efeito que este poderia produzir pelo agente. Assim o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 166, inciso I, disciplinava o negócio nulo celebrado pelas pessoas absolutamente incapazes, também atrelado ao artigo 104, que elenca os requisitos de validade do negócio jurídico. (GONÇALVES, 2014).

Conforme se expressa Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 113):

Os privados do necessário discernimento por enfermidade ou deficiência mental para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, quanto à falta do necessário discernimento para atos da vida civil, caracterizava-se por graves alterações das faculdades psíquicas. Mas não deixa de estabelecer uma graduação necessária para a debilidade mental, por aqueles com discernimento reduzido, referindo aos fracos da mente, como relativamente incapazes.

A interdição se estabelecia pelo rito 1.177 da Lei nº. 5.869/73 (BRASIL, 1973), de 11 de janeiro de 1973, cujo era obrigatório o exame pessoal do interditando, em audiência, ocasião em que era interrogado pelo juiz acerca do seu estado psíquico, mental. Decretada a interdição era nomeado um curador ao interdito. (GONÇALVES, 2014).

Da mesma forma, sustenta Maria Helena Diniz (2012, p. 178) que:

[...] todas as pessoas que, por doença que acarrete deficiência física, estado de coma,

perda de memória, paralisia mental ou surdo-mudez, por hipnose, por contusão cerebral, por falta de controle emocional em razão de trauma provocado, p. ex., por acidente; por uso de entorpecente ou de drogas alucinógenas etc., não puderem, ainda que por razão transitória, exprimir sua vontade, para a prática dos atos da vida civil, deverão estar representadas por um curador, apesar de não se decretar sua interdição, pois esta exige causa duradoura (CC, art. 1.767, II, combinado com o art. 1.780).

Nesta vigência do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) de 1973, decretava-se à curatela dos indivíduos incapacitados, o qual tinha como objetivo a interdição do incapaz, bem como a nomeação de curador. (DOURADO, 2016). Ao atestar a sua condição de legitimado, fato que demonstrava a inaptidão do interditando para reger a sua pessoa e administrar seus bens, do qual se procedia o interrogatório perante o juiz, que o examinaria. Fato em que a interdição poderia se dar de forma absoluta ou parcial.

Assim com ressalta Sabrina Dourado (2016, *online*):

A interdição poderia ser classificada em absoluta ou parcial. A absoluta inviabilizaria que o interditado exercesse todo e qualquer ato da vida civil sem que estivesse representado por seu curador. Já a interdição parcial permitiria que o interditado exercesse alguns atos para os quais não foi considerado incapaz de exercer nos limites fixados em sentença.

Diferencialmente, do que sucede hodiernamente, na medida em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência

(BRASIL, 2015), expressa a curatela extraordinária e restrita somente ao ato patrimonial ou econômico, desaparece a figura da: “[...] interdição completa” e do “curador com poderes indefinidos, gerais e ilimitados”. (TARTUCE, 2015, *online*).

Como também esclarece Paulo Lôbo citado por Sabrina Dourado (2016, *online*):

Ssustenta que, a partir da entrada em vigor do Estatuto, não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.

As modificações do Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro sob o advento da Lei nº. 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), trás quanto à capacidade civil, denominando-se somente os menores de dezesseis anos como os absolutamente incapazes, além de refletir aos portadores de incapacidade relativa, o disposto artigo 4º do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) brasileiro, como dispõe:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:  
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;  
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;  
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (*grifo nosso*);  
IV - os pródigos.  
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação

especial.

Com efeito, de maneira inédita, o Estatuto (BRASIL, 2015) retira a pessoa com deficiência da categoria de incapaz, ou seja, a pessoa com deficiência, cujo tenha impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº. 13.146/15 (BRASIL, 2015), não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Ante exposto, a incapacidade relativa, destaca-se indivíduos dotados de discernimento razoável ou, em certos casos, que apresentam compreensão comprometida para a prática de atos jurídicos. (COSTA, 2011). Assim, disciplinada pelo Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 3º anteriormente ao Estatuto (BRASIL, 2015).

Contudo, foi sancionado no dia 6 de julho de 2015, a Lei nº. 13.146/15 (BRASIL, 2015), instituindo-se a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), consolidada por ideias constantes na Convenção de Nova York (2007) (Tratado Internacional de Direitos Humanos do qual o País é signatário e que entrou no sistema jurídico com efeitos de Emenda à Constituição por força do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do Decreto nº. 6.949/09 (BRASIL, 2009)), consagrando no artigo 3º da Convenção (2007), princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte à revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de forma discriminatória, modificando assim, os artigos 3º e 4º do vigente Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) brasileiro, mediante o disposto legal do Estatuto (BRASIL, 2015) em seu artigo 114º, *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Caso que, não mais subsista a incapacidade civil absoluta do deficiente na atual vigente lei brasileira, que em regra, o interdito será assistido por seu curador e não mais representado, aplicando-se a retificação do termo incapaz para todos os atos da vida civil em laudos sentencias, com bem exemplifica Fabio Compassi (2015, *online*), em que: “[...] indivíduos com coma, dano cerebral congênito, por doença ou trauma, que impeça a declaração de vontade, passam a ser considerados como capacidade relativa”.

As pessoas com deficiência eram tratadas no artigo 3º anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) passam a ser, em regra, ser plenamente capazes para o Direito Civil. Eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, enquadrando no artigo 4º do Código Civil (BRASIL, 2002), também ora alterado. Tendo em vista que, não há mais a menção às pessoas com deficiência no mesmo disposto legal do artigo 4º anterior ao Estatuto (BRASIL, 2015). (TARTUCE, 2017).

Como exemplo, as pessoas que não espreem sua

vontade de qualquer forma comunicativa (verbal, escrita ou gestual), incapacitado de exercer por os atos da vida civil, das quais, se apresentavam os indivíduos em estado coma ou surdo-mudo sem instrução educacional necessária para externar seu livre arbítrio (vontade), de forma a realização de negócios jurídico, o que levaria a uma autorização da interdição de tal indivíduo, uma vez que, por causa transitória não manifestava sua vontade. (BONINI, 2011).

De maneira que expõe Paulo Rogério Bonini (2011, p. 38), listagem de situações em que haveria possibilidade de interdição, conforme o texto original anterior ao Estatuto do inciso II do dispositivo 3º do Código Civil (BRASIL, 2002):

[...] como os portadores de enfermidades físico-psíquicas que impedem o discernimento como: demência ou fraqueza mental senil; demência afásica; degeneração; psicastenia; psicose toxica; psicose autotoxica; paranoia; demência arteriosclerótica; demência sífilítica; mal de Parkinson senil; apresentado tremores, sensíveis sinais de depressão evolutiva, rigidez muscular, instabilidade emocional e demência progressiva; doença neurológica degenerativa progressiva, dentre tantos outros, como deficiência mental ou anomalia psíquica, incluindo alienados mentais, psicopatas mentecaptos, maníacos, imbecis, dementes e loucos furiosos, ainda que observem intervalos de lucidez ao decorrer de diversos surtos psicóticos, não esta obstada, desde que comprove o estado de deficiência mental.

Na atualidade, passa a existir a Lei nº. 13.146/15 (BRASIL, 2015), que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão

da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2015), conforme passa a analisar no capítulo a seguir.

### **3 DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Na concepção jurídica atual, a legislação aplicável à pessoa com deficiência passa a ser a Lei nº. 13.146/15 (BRASIL, 2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ela entrou em vigência cento e oitenta dias depois de sua publicação, mais precisamente em dezembro de 2015. Ela também pode ser denominada como Lei da Inclusão (BRASIL, 2015).

Respectiva lei se destina a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL, 2015).

Várias outras legislações foram alteradas em decorrência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), como por exemplo: alterações no Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), Código Civil (BRASIL, 2002), Lei de Licitações (BRASIL, 1993), dentre outras.

A legislação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) não foi uma lei que trouxe sobre as diferenças entre pessoas, mas sim uma igualdade, trazendo princípios básicos de direitos humanos, considerando como regra que todos os seres humanos são iguais.

Destarte, a legislação trouxe um equilíbrio, sendo que alguns de seus artigos fazem uma discriminação positiva, no sentido de dar maior grau de acessibilidade para alguns em detrimento de outros, ou maior grau de proteção para que determinada pessoa possa viver em igualdade com a outra.

### **3.1 Finalidades**

O Estado brasileiro, em 25 de agosto de 2009, firmou o Decreto nº. 6.949/09 (BRASIL, 2009), promulgando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (BRASIL, 2009), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Originando para o âmbito formal dos direitos humanos, visando a reduzir as desigualdades, mormente para as pessoas com deficiência que se encontram por conta de preconceitos e discriminação. Tornando uma democracia mais participativa e efetiva, garantindo ao pluralismo e à defesa de interesses de minorias. (KOYMA, 2017).

A norma regulamentada pela Convenção de Nova Iorque (2007) conduz ao tratado de direitos humanos do qual o Brasil é signatário e que tem força de Emenda à Constituição (BRASIL, 2009), pelo que consta do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo Flávio Tartuce (2015, *online*):

[...] a citada lei visa à inclusão da pessoa com deficiência, aqueles cujo apresentam impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, obstrui a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º da Lei n. 13.146/2015). Ressaltando, que seus fundamentos, como a equalização de direitos e não discriminação, substituindo a premissa da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-igualdade.

Cabe ressaltar, conforme explica Magno Federici Gomes e Frederico Oliveira Freitas (2010, *online*) que:

[...] os direitos fundamentais foram desenvolvidos em consonância com a organização do Estado em cada época de histórica, a fim de instituir os direitos, as garantias e as liberdades dos cidadãos. Pretensões essenciais alusivos aos direitos individuais e políticos, a fim de limitar o poder opressor do Estado a favor dos indivíduos. Direitos estes, integrando a vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais individuais, entre outras. Prerrogativas com origem nas doutrinas iluminista e jus naturalista, dos séculos XVII e XVIII, referindo-se como os direitos primeira geração. Logo após surge o chamado Welfare State (Estado Social), com intuito de minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Apresentando-se um Estado intervencionista e assistencial, adotando práticas no campo social. Daí

serem denominados, segunda geração. Em curso, os direitos de terceira geração relacionam-se aos direitos coletivos e difusos. E por fim, os direitos de quarta geração referem-se à universalização dos direitos humanos, à democracia universal e aos direitos de solidariedade.

Deste modo, segundo Cattoni de Oliveira citado por Magno Federici Gomes e Frederico Oliveira Freitas (2010, *online*):

O direito deverá englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a vida social através do direito. Deverá, portanto, englobar os princípios que tornem possível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.

Em consonância, Márcia Pereira Costa (2011, p. 103) destaca:

[...] como fundamento do Estado Democrático de direito brasileiro, incumbido pela Carta Política 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção as minorias, a valorização do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Esclarecem Vicente Mota de Souza Lima e Andrea Jaques Oliveira (2015, *online*) que: “[...] a dignidade da pessoa humana é em geral alegada como fundamento para que se dê preferência a tal ou qual direito, mesmo que

estes sejam fundamentais, e guardem relação de igualdade e preferência”.

Em harmonia, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 88), ressalta:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Não há dúvidas que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), viabiliza a inclusão social e cidadania, objetivando assegurar condições de igualdade, bem como o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

Contemporaneamente, prefere-se a expressão: “[...] pessoa com deficiência, porquanto manifesta, com maior precisão, a condição na qual se encontram esses indivíduos”, conforme explica Vinicius Hsu Cleto (2016, *online*).

Da mesma forma, explana Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 15):

As terminologias usadas em legislação pretéritas com “excepcionais”, “loucos de todo gênero”, “portadores de deficiência” e a que atualmente vigora, qual seja “pessoa com deficiência” externam que, se antes o foco era a deficiência, ou seja, o que os distinguia dos demais indivíduos, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o cerne da expressão passou a ser a pessoa, isto é, o ponto em comum

entre todos os integrantes da humanidade. A modificação terminológica, embora pareça insignificante, expressa um movimento ideológico que precisa adquirir contornos mais contundentes, dentre eles, o entendimento de que o ser humano que possui uma deficiência é maior do que esta. Logo, a adequação a nova forma de tratamento deve ser respeitada e interiorizada pela doutrina, pela jurisprudência, pelas demais normas, bem como pelos indivíduos que tratam do assunto. Pois, além de representar um ajuste a nova nomenclatura, internacionalmente estabelecida de, pronuncia a necessária transformação pela qual o tratamento do assunto deve passar.

Por sua vez, assevera Luiz Rogerio da Silva Damasceno (2014, *online*): “O termo deficiência passa resultar da interação entre as pessoas e seus ambientes físicos e sociais, diferentemente do qual era classificado anteriormente, a qual se pautava no critério biomédico”.

E novamente nas palavras de Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 15):

Os resultados de uma complexa mudança da concepção de igualdade, mormente, da noção da capacidade civil, a despeito de obstáculos que dificultam sua aplicabilidade prática, são voltados por recentes esforços legislativos jurídicos e executivos para as pessoas com deficiência.

Discorre também Lucas Pimentel (2017, *online*):

Visando assim, o princípio da igualdade como regra mestre invocado para garantir o direito à integração social e educacional da pessoa com deficiência. Objetivando

uma sociedade inclusiva, conforme ditames da Lei Maior, inserindo o acesso igualitário a educação.

Na qual possuem as pessoas com deficiência os mesmos direitos que as demais, assim estabelecidos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) em seu dispositivo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Deste modo, transparece que o Estatuto se fundamentou a fim de colocar as pessoas em pé de igualdade com as demais, fulgurando a inclusão social destas.

Sendo assim, conforme aduz Camila T. S. Mello (2018, *online*) a origem do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015): “[...] se da no Direito Internacional e Constitucional, considerando que sua elaboração baseando-se na Convenção Internacional, por inspiração na construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência”. Evidenciando-se efetivamente, o direito a toda vida humana inerente, bem como, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, no paradigmas e perspectivas integrais dos direitos humanos, consagrados as pessoas com deficiência.

### 3.2 Alterações no ordenamento jurídico civil

Com o ajustamento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), algumas áreas do direito, trouxeram significativas mudanças, de maneira que:

[...] sofreram alterações e revogações no âmbito civil da legislação vigente brasileira gerando transformações

estruturais e funcionais relativas à incapacidade, o que repercute diretamente no Direito de Família, especificamente em institutos como o casamento, interdição e curatela. (KOYMA, 2017, *online*).

Os artigos 6º e 84 do Estatuto (BRASIL, 2015, *online*), demonstram que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, assegurando-lhe condições de igualdade entre todas as pessoas:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:  
I - casar-se e constituir união estável;  
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;  
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;  
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;  
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e  
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Segundo, Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 39):

[...] a conceituação legal de “pessoa com deficiência” expressa no artigo 2º da Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), reconhece impedimentos em que estas pessoas não

consigam exteriorizar sua vontade, incapacitados de exercer qualquer atos que podem obstruir sua participação plena e efetiva da capacidade na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Mais adiante, o autor ressalta:

[...] por não antever as hipóteses intermediárias e inauditas de tipos de graus de deficiências, limitações de desenvolvimento de um indivíduo, não viabilizando nem a presunção de plena capacidade nem a de total incapacidade, a legislação vigente abre margem para que a deficiência seja absolutizada como tese de in (capacidade), tanto para a defesa da plena capacidade inaugurada pelo Estatuto, ou para a tentativa de enquadramento das pessoas com deficiência no inciso III do artigo 4º do Código Civil. (ALVES, 2017, p. 40).

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do assunto, levando em consideração que, o texto original em seus dispositivos 3º e 4º do Código Civil (BRASIL, 2002), faz com que, desprotege estes indivíduos cujo não possuem qualquer tipo de autodeterminação ou desenvolvimento cognitivo.

De tal forma que, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli (2015, *online*), aduzem:

[...] ao mutilar os artigos 3º e 4º do Código, desguarnece justamente aquele que não tem nenhum poder de autodeterminação. Tratando-se de "autofagia legislativa". De toda sorte, estão protegidos aqueles que infelizmente têm idiotia (menos que 25 de Q.I.),

imbecilidade (de 25 a 50 de Q.I.)<sup>14</sup>, os que estão em situação de coma, os que estão em grau avançado de Alzheimer, Parkinson, e outras tantas doenças degenerativas. Sendo que estes, estão no mesmo do rol do menor de 16 anos, que muito embora tenha alto grau de cognoscibilidade, e muito menos maturidade emocional. O que significa que uma pessoa em coma tem maior poder de autodeterminação e maior livre arbítrio do que um jovem de 15 anos (Estatuto do Jovem, art. 1º); ou, no caso dos deficientes mentais, à condição de capazes. Levando assim, a pessoa em coma à qualidade de relativamente incapaz e o negócio praticado por ela passa a ser meramente anulável (art. 171, I do CC/02), em não sendo provada a simulação (art. 167, parágrafo 1º), bem como não haverá mais a tutela do art. 166, inc. I.

Em que pese à capacidade sob óptica da idade, consoante Márcia Pereira Costa (2011, p. 56): “[...] devem-se tomar a partir do desenvolvimento mental quanta manifestação de vontade em produzir efeitos jurídicos, cuja expressão proveniente de um indivíduo já adaptado à vida em sociedade, na fase da vida”.

Para Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 30), não é suficientemente clara a definição do conceito legal de pessoa com deficiência, a técnica utilizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), cujo assenta: “[...] a pessoa com deficiência de modo coletivizado, mencionando os tipos de impedimentos de longo prazo enquadrado nesta terminologia de modo simplificado”.

Considerando-se, que o desenvolvimento não pode ser tomado como uma generalização, ao contrário, somente pode ser avaliado o desenvolvimento de um

indivíduo de forma individualizada. (COSTA, 2011).

Desta forma, identifica-se um grande equívoco materializado pelo legislador, ao ponderar determinadas pessoas com deficiência mentais permanentes e até mesmo por causas transitórias, no rol do artigo 4º Código Civil (BRASIL, 2002), como relativamente incapazes.

Como aduzem Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 61):

Sinceramente, não nos convence tratar essas pessoas, sujeitas a uma causa temporária ou permanente impeditiva da manifestação da vontade (como aquele que esteja em estado de coma) no rol dos relativamente incapazes. Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa. A impressão que temos é a de que o legislador não soube onde situar a norma.

Da mesma forma, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli (2015, *online*), acentua que: “[...] aquele que não compreende e nem se autodetermina precisa ser rigorosamente protegido, e até mesmo de si próprio”.

Márcia Pereira Costa (2011, p. 62) preleciona:

Importante notar que o desenvolvimento não pode ser tomado como uma generalização, ao contrário, somente pode ser avaliado o desenvolvimento de um indivíduo de forma individualizada, para que se saiba com precisão o resultado das influências da herança genética e da experiência sobre determinada pessoa em todos os domínios do desenvolvimento.

A determinação da capacidade dos indivíduos, sob o ponto de vista da idade,

deve-se tomar por ponto de partida o desenvolvimento mental da pessoa na prática de atos jurídicos (oriundos da sua vontade), observando-se a expressão da vontade seria proveniente de um indivíduo já adaptado a vida em sociedade (portador de inteligência e consciência razoável da realidade e do meio em que vive).

Da mesma forma exemplifica Flávio Tartuce (2015, *online*):

[...] um deficiente mental, do qual apresenta seu discernimento absolutamente comprometido e padece de insanidade permanente, irreversível, é considerado relativamente incapaz. Outrossim, o que manifestou a sua vontade em estado de coma, ou o que pactuou negócio jurídico, sendo portador do mal de Alzheimer em grau extremo. Evidenciando tais casos a falta de proteção, estando à mercê da sanha dos malfetores, podendo sofrer consideráveis e até irremediáveis prejuízos.

E acentua Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 30):

[...] a linguagem menos moderada das ciências biológicas ressalta que diferença entre o reconhecimento de todos como pessoas, independentemente de suas qualidades, estado de saúde, física, psíquica ou idade, e a suposição de que todos os indivíduos possam assumir direito e deveres. Portanto, a atribuição criteriosa de certa dignidade pessoal, que no âmbito jurídico seria a capacidade civil, não amplia o reconhecimento da condição humana de determinados

indivíduos, ao contrário, impõe-lhes uma responsabilidade com a qual podem não saber como lidar. O novo diploma legal traz conceito amplo e genérico demonstrando visão míope sobre o tema, quanto à limitação em detrimento da pessoa que a possui. Revogando assim, a antiga redação do Código Civil brasileiro, que particularizava pessoas com deficiência consideradas com absolutamente e relativamente incapazes, utilizado pelas expressões “não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos”, “não puderem exprimir sua vontade”, “tenham discernimento reduzido ou sem desenvolvimento mental completo”. De modo distinto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não foi criterioso na definição de pessoas com deficiência, nem na apreciação do grau de impedimento de longo prazo, cujo obstrui a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A plena capacidade passa dispor aos portadores de deficiência mental, podendo casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem. Conforme preleciona o art. 6º da do Estatuto da Pessoa com Deficiência. cuja crítica é elucidada pelo autor, ao mencionar um indivíduo deficiente, com idade mental calculada em 10 anos, sendo ele, faticamente maior de 18 anos, será tão ou mais capaz que outro indivíduo, não deficiente, de 17 anos. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015).

O Código Civil (BRASIL, 2002), mais precisamente no artigo 1.511, aduz o casamento como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Neste sentido, salienta a jurista Maria Berenice Dias citada por Leonardo Barreto Ferraz Gominho e Hivison Augusto de Souza Novaes

(2017, *online*), e explica que: “[...] a relação matrimonial entendida pela comunhão de vidas, de afetos, e é o “efeito por excelência do casamento”, gerando dois vínculos: o conjugal (estado civil) e o de parentesco por afinidade”.

Previamente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), não era provável o casamento de pessoas com deficiência, conforme disposto por lei, uma vez que estes indivíduos eram plenamente incapazes para exercer o matrimônio. Contudo, hodiernamente as deficiências mentais ou até mesmo físicas, dificultam o processo matrimonial, mas não o extingue, bem como de constituir união estável. As modificações no Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro pelo advento do Estatuto da Pessoa Com Deficiência (BRASIL, 2015) se observa sobre vários dispositivos da legislação civil vigente. Entre eles, o artigo 1518 vedando os curadores a revogarem a autorização de casamento, uma vez que não mais se decreta a nulidade do casamento deste indivíduo. Quanto o artigo 1548, passa ter validade do casamento do enfermo mental, não sendo possível a decretação de nulidade, anteriormente fixada. (ARAÚJO, 2016). Além disso, o artigo 1.550, § 2º do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) se refere a nulidade relativa, acrescentando-o parágrafo segundo, que dispõe:

Art. 1.550. [...]

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador’. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

O que diverge do instituto do casamento, cuja vontade é pressuposto para a realização, ou seja, personalíssima, o que confronta integralmente o instituto do casamento.

Segundo Bruna de Oliveira Araújo (2016, *online*):

“[...] há posicionamentos contrários às reformas, uma vez que as modificações dificultam a anulação do casamento, desconsiderando o grau de discernimento dos deficientes, pois o legislador não o delimitou”.

Ainda assim acentua:

O resultado que o casamento realizado, independentemente do grau de discernimento mental, poderá gerar após o registro, pois o cônjuge será considerado herdeiro necessário. Desse modo, o casamento expor-se-á o portador de deficiência a um ato lesivo patrimonialmente. (ARAÚJO, 2016, *online*).

Houve outras alterações pertinentes no ordenamento jurídico civil, como processo da interdição, não mais existente, mais o da demanda de curador, bem como a tomada de decisão apoiada, o qual será trata nos próximos capítulos.

### 3.3 Políticas públicas

Diante dos problemas sociais que refletem na sociedade, a política pública surge para solucionar as ações e as prestações dos serviços. Conforme elucidam os autores Thiago Batista Mariano, Reginaldo Bezerra Cunha, Auricélio Alves Gonçalves e Tarciso Pinto Pereira (2017, *online*):

Políticas Públicas podem ser entendidas como a totalidade da gestão pública com o intuito de solucionar problemas sociais setoriais. O Estado é o local onde são reconhecidos, debatidos, os problemas existentes em uma determinada sociedade,

já a política pública tem o papel de identificar, planejar e solucionar os problemas através de ações estratégicas com a participação do Estado e da sociedade.

Tal concepção é complexa dada às peculiaridades que a envolvem, seja por conta das questões históricas. Essencialmente quantos aos principais mecanismos. Estabelecendo deste modo, de forma simplificada três conceitos iniciais: Políticas Públicas, Acessibilidade e Pessoa com Deficiência. (AMARO, 2015).

Nesta linha de raciocínio, Jorge Amaro (2015, *online*) define os três conceitos:

Políticas Públicas são criadas com a finalidade de oferecer respostas as demandas sociais, materializadas em ações e decisões governamentais, em um formato que permita a conciliação entre o interesse público e privado, cujo produto final seja contemplar o bem-estar social e a coletividade.

Acessibilidade, significa eliminar as barreiras que impeçam determinados segmentos da sociedade a viverem em igualdade de oportunidades com os demais. Não é uma dimensão exclusiva das pessoas com deficiência, mas de todo aquele que encontrar barreiras na sociedade.

Pessoa com Deficiência, conforme a ONU, são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em virtude disso, esses aspectos conceituais trazem o conjunto de decisões pactuadas entre governos e sociedade objetivando a garantia à inclusão das pessoas com deficiência, tendo como princípios fundantes, a acessibilidade como forma de igualdade, de oportunidades e transversalidade na concepção dos direitos humanos. (AMARO, 2015).

Thiago Batista Mariano, Reginaldo Bezerra Cunha, Auricélio Alves e Tarciso Pinto (2017, *online*), refutam que: “[...] a política pública deve trilhar o caminho para possibilitar a concretização dos direitos fundamentais, ocasionando a inclusão e a integração social das pessoas com deficiência, construindo assim uma sociedade livre, justa e igualitária”.

À luz do artigo 5, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ficam evidente os direitos fundamentais garantidos a todo cidadão, assim como também mencionada no Título II, Capítulo I do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), de modo a assegurar o direito vida, a educação, trabalho, acessibilidade e outros direitos antevistos na legislação.

Portanto, o novo parâmetro de deficiência baseia-se nos direitos humanos, trazendo uma nova visão social, influenciando diretamente na liberdade da pessoa com deficiência, a fim que excluam os obstáculos e as discriminações. Tornando de forma mais acessível a essas pessoas, o acesso aos mesmos bens e serviços disponíveis a todos os cidadãos. (MARIANO, *et al*, 2017). Como corrobora o artigo 53 do Estatuto (BRASIL, 2015, *online*): “A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

Assim sendo, a acessibilidade viabiliza condições necessárias para alcançar e viver de forma mais digna,

independente, exercendo com total plenitude seus direitos de cidadania, de participação social. (MARIANO, *et al*, 2017).

#### 4 CURATELA E DECISÃO APOIADA

Alguns artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) fizeram com que o Direito de Família ganhasse uma nova interpretação, trazendo impactos na relação jurídica.

Em outras palavras, pode-se dizer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) transformou-se em um marco do Direito, inclusive ao Direito de Família. Ela passa a considerar à pessoa com deficiência legalmente capaz, ainda que essa pessoa não tenha completo discernimento mental.

Por sua vez, tentando minimizar estes efeitos do discernimento, o legislador criou uma nova figura de representante (curador). Desta forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) não trouxe apenas alterações no sentido de igualar todas as pessoas, independente se possui deficiência ou não, passando a alterar também o pensamento ideológico, ou seja, trazendo um verdadeiro reflexo na proteção jurídica.

Isto se explica porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) passa a tratar estas pessoas com capacidade legal, com direitos reconhecidos e ampliados, não podendo, porquanto, serem tratados como incapaz como antes.

Para tanto, algumas importantes alterações devem ser analisadas, como no caso da curatela e tomada de decisão apoiada, conforme passa a analisar nos tópicos a seguir.

## 4.1 Curatela

O doutrinador Flavio Tartuce (2017), evidencia os atropelamentos legislativos entre o novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), vindo o Estatuto a alterar o artigo 1.768 do Código Civil (BRASIL, 2002), suprimindo assim, o processo de interdição relativa, mas mencionando uma demanda em que é nomeado um curador. Todavia, esse dispositivo revogado pelo novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), encontra-se estruturado na ação de interdição (arts. 747 a 758 do Código de Processo Civil). Nesse sentido preleciona Tartuce (2017, p. 76) que:

[...] o EPD, em tais aspectos, teve incidência restrita, entre a sua entrada em vigor (janeiro de 2016) até o surgimento de vigência do Novo CPC (março de 2016). Para o presente autor, será necessária a edição de uma terceira norma para apontar qual regra a prevalecer. Essa norma, de lege ferenda, é o Projeto de Lei 757/2015, em curso no Senado Federal, que pretende retomar os dispositivos do EPD, revogados pelo Novo CPC. Conforme parecer dado por este autor, seria melhor que fossem retiradas todas as menções à ação de interdição constantes do Novo CPC, passando este a expressar apenas a ação de nomeação de curador ou, ainda, medida de amparo curatelar.

Anunciava, o artigo 1.772 do Código Civil (BRASIL, 2002), previamente ao Estatuto (BRASIL, 2015), que declarada à interdição das pessoas descritas no artigo 4º, incisos II e III (os ébrios habituais, os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou

permanente, não puderem exprimir sua vontade), o magistrado assinalaria, os limites estabelecidos da curatela da pessoa maior incapaz, de acordo com o estado e o desenvolvimento mental do interdito. Entretanto, esse dispositivo também foi revogado dispositivo do art. 1.072, inc. II do CPC (BRASIL, 2015), de forma a concentrar o tema no diploma Manual de direito Civil, instrumental. (TARTUCE, 2017). Assim, ressalta Tartuce, em sentido próximo, o art. 753, § 2.º, do CPC/2015 passa a expressar “O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”. (TARTUCE, 2017).

Outro fator existente foi a alteração do artigo 1.772 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015):

Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

Flávio Tartuce (2017, p. 77), ainda expõe que:

[...] a principal novidade diz respeito à inclusão do parágrafo único, dando preferência à vontade da pessoa com deficiência. Tendo em vista que, art. 1.772 do CC/2002, foi revogado pelo Novo CPC, também esta última norma teve vigência apenas no período compreendido entre a sua entrada em vigor (início de janeiro de 2016) e a entrada em vigor do

Novo CPC (18 de março de 2016), visualizando-o cochilo do legislador, que acabou por atropelar uma lei por outra, sem as devidas ressalvas.

Diante do fato exposto, surge o seguinte conflito, se o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) teria revogado a interdição pela curatela. Segundo Rogério Alvarez de Oliveira (2016, *online*), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) submeteu-se ao regime da curatela:

[...] o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de prever expressamente a interdição, submetendo a pessoa com deficiência ao regime da curatela, restrita apenas aos atos de caráter negocial e patrimonial. Alterando os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, que tiveram o vocábulo “interdição” substituído por “curatela”. Bem como, posteriormente, houve revogação dos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil com a entrada em vigor do novo CPC, que passou a tratar da matéria nos artigos 747 a 763. Embora o novo CPC ainda faça alusão à “interdição”, trata-se de expressão que deve ser abandonada, haja vista a existência de um estatuto todo voltado especificamente para a pessoa com deficiência e que teve o especial cuidado de abolir aquela expressão. Restou também revogada a curatela da pessoa enferma ou com deficiência física, prevista no extinto artigo 1.780 do CC, remanescendo, no entanto, a curatela do nascituro (artigo 1.779).

Como observa Célia Barbosa Abreu citada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p.

1.696): “[...] a curatela experimental é um fenômeno de flexibilização, passando a ser uma “medida protetiva personalizada, adequada às reais necessidades” do beneficiário”.

A curatela é o instrumento pelo qual a pessoa que não possui discernimento para exercer capacidade civil em sua plenitude, por faltar-lhe a capacidade intelectual de fato. (OLIVEIRA, 2016). Nesse mesmo sentido, preleciona Vandson dos Santos Galdino (2014, *online*) que:

A curatela, instituto do direito civil, com origem no direito romano, nas normas que tratavam sobre a incapacidade, encontra seu pressuposto existencial na própria incapacidade humana. Já o pressuposto jurídico reside na existência de uma decisão judicial que considerará alguém inapto para os atos da vida civil, necessitando, portanto, de assistência. Desta forma, curatela refere-se ao poder dado a alguém que tenha capacidade plena, ou seja, capacidade de fato e de direito, para reger e administrar os bens de alguém que, embora maior, não possui a capacidade para fazê-lo.

Assim, a curatela nada mais é do que um mecanismo de proteção para que um indivíduo plenamente capaz administre e rege os bens de alguém que apresente inaptidão e/ou ausência para exercer-los. (GALDINO, 2014, *online*).

Logo, se o indivíduo, não carece de discernimento, fica evidenciado o deslize do legislador em nomeá-lo como relativamente incapaz. Uma vez, que a curatela surge para suprir somente os atos de caráter negocial e patrimonial.

Deste modo, com o advento do Estuto, ocorreram

alterações dos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil (BRASIL, 2002) o qual tiveram o vocábulo interdição substituído para curatela. E posteriormente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), estes dispositivos foram revogados, passando a tratar da matéria processual de interdição nos artigos 747 a 763 do CPC, mesmo fazendo alusão à “interdição”, cujo se trata de expressão que deve ser abandonada. (OLIVEIRA, 2016).

Levando em consideração, Rogério Alvarez de Oliveira (OLIVEIRA, 2016) realça ao analisar a questão:

[..] a provável extinção da interdição, que seria um instituto mais amplo, percebe-se que o estatuto estabelece a possibilidade de dar-se curatela à pessoa com deficiência que não tenha condições de se autodeterminar (artigo 84, parágrafo 1º), como as pessoas com deficiência mental ou intelectual com dificuldade ou impossibilidade de discernimento. Esse dispositivo deve ser harmonizado com o artigo 4º, III, do CC.

[...] Procurou-se, portanto, evitar os termos “incapacidade” e interdição”, que geravam estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual, pois toda pessoa é capaz e suscetível de direitos, podendo ser suprida sua incapacidade intelectual de fato por meio da curatela. A interdição, como medida de proibição do exercício de direitos, não se mostra consentânea com a atual tendência de modernização das normas, que vem buscando a inclusão de todas essas pessoas e a busca da autonomia da vontade por elas. Preferiu-se o termo “curatela”, destinado à proteção da pessoa e à prática de determinados atos, que devem se restringir aos patrimoniais e negociais.

Isto posto, tem por escopo a mudança de paradigma a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, viabilizando o exercício e a prática dos atos da vida civil, como casamento, sexo, filhos, e de trabalho. Dando-se a curatela de forma excepcional e fundamentada, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível. (OLIVEIRA, 2016).

Neste sentido, quanto ao conflito de qual lei deve prevalecer em matéria de interdição, preleciona Henrique Fujiki (2015), uma situação de normas incompatíveis entre si e que tomou uma denominação característica, antinomia. Mais adiante Fujiki (2015, *online*), salienta, três critérios de soluções quanto a este conflito de norma:

Existem para esses casos 3 critérios de solução:

a) Hierárquico: quando entre duas normas, prevalece a superior. *Lex superior derogat inferiori*.

b) Cronológico: quando entre duas normas, prevalece a mais recente. *Lex posteriori derogat priori*.

c) Especial: quando entre duas normas, prevalece a especial sobre a geral. *Lex specialis derogat generali*.

Analisando o caso estudado, temos um conflito entre o Novo CPC, *lex posterior generalis*, e o EPD, *lex priori specialis*. No caso de entrar em conflito norma especial anterior com geral posterior, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, que dá preferência ao EPD. Porém este metacritério não tem valor, visto que não há regra absoluta, e, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério. Além da tendência, como se viu, ser de utilizar norma especial, outro fator pesa em favor

do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Trata-se de uma lei que se baseia na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificados pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo e de acordo com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), significando que ele tem força de emenda constitucional. Assim sendo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mesmo sendo *lex priori*, deve ser respeitado, não podendo o novo Código Processo Civil (BRASIL, 2015) revogar os artigos do Código Civil que, por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foram alterados. Esta conclusão trata-se, obviamente, de uma suposição, não significando que seria a mais correta, ou a que garante maiores benefícios para as vidas que dependem do resultado desta discussão. É preciso esperar as leis entrarem em vigor e ver como a situação será lidada, podendo até uma terceira lei ser criada para solucionar o atropelamento de normas causado por completa desatenção do legislador.

As jurisprudências já se pronunciam da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. INCAPACIDADE CIVIL ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.143/2015. INCAPACIDADE DE EXPRESSAR SUAS PRÓPRIAS VONTADES. PARALISIA CEREBRAL. INCAPACIDADE RELATIVA (ART 4º, INCISO III, CC/02). NECESSIDADE DE CURATELA. DEFERIMENTO. INTERDIÇÃO INDEFERIDA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A matéria sobre a capacidade civil foi consideravelmente alterada recentemente, em especial pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Com efeito, em casos em que a pessoa não consegue exprimir suas vontades, deve-se considerar a incapacidade relativa, na inteligência do art. 4º, inciso III, CC/02.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve a nítida intenção de suprimir a idéia de interdição, que restou substituída pelo termo curatela, de forma a abrandar o tema. Assim, em uma interpretação mais moderna, deve-se evitar e indeferir a interdição.

Reconhecida a incapacidade relativa, é necessário, para resguardar os interesses e direitos da pessoa deficiente, definir a curatela, tudo conforme os arts 84 da Lei 13.146/15 e art. 1.767 do CC/02.

Recurso parcialmente provido. (TJMG. Apelação Cível nº. 1.0003.14.003754-4/001. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Armando Freire. Data de julgamento: 20 jun. 2017. Data de publicação: 27 jun. 2017). (MINAS GERAIS, 2017, *online*).

Assim como, segue jurisprudência do STJ (2018, *online*):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.232.904 - DF (2017/0319943-1) RELATOR: MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) AGRAVANTE: E M N S ADVOGADOS : BÁRBARA TUÍRA DE SOUSA SOARES - DF043446 JOSE DA SILVA MOURA NETO - DF040982 AGRAVADO: G M N S ADVOGADO :DEFENSORIA PÚBLICA DO

DISTRITO FEDERAL - CURADOR  
ESPECIAL INTERES.: S M N S  
INTERES. : A M N S  
ADVOGADOS: LUCIA HELENA REIS  
DE VASCONCELOS RESENDE -  
MG077824 ALEXANDRE MOURTHE  
NOGUEIRA STARLING - DF013462  
DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso especial fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, interposto contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal, assim ementado:

“APELAÇÃO”. CÍVEL. INTERDIÇÃO. CURADORIA. LIMITES DA CURATELA. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INCAPACIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Consignada a interdição, faz-se necessário o amparo e proteção ao interditando, sendo necessária a constituição da curatela para resguardar a segurança da pessoa interdita e de seus bens. Observa-se que o referido procedimento não visa apenas à proteção dos bens do curatelado, mas se mostra necessário à própria dignidade da pessoa humana que requer cuidados. 2. É obrigação do Estado proteger àqueles que detêm capacidade reduzida, inclusive seus interesses, passando a outrem o encargo de cumprir os atos da vida civil em nome do curatelado. 3. Em se tratando de condução veicular tem-se como temerária a viabilidade de revisão ou anulação de uma decisão tomada pelo curatelado na direção, ainda que com supervisão permanente do curador. Isto porque, a direção veicular reveste-se de atos complexos e de liberdade, em constante adaptação às condições do tráfego, em que

uma atitude equivocada pode não ser passível de correção e acarretar graves prejuízos, não apenas para o condutor, como também para toda a coletividade. 4. Não há mácula ao direito de conduzir veículo automotor ao curatelado, quando este tem incapacidade incompatível com a direção. 5. Recurso conhecido e desprovido." (e-STJ, fls. 292/293) Nas razões do recurso especial, a parte agravante alega afronta aos artigos 1º; 4º; 84, § 3º e 85, § 2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº. 13.146/2015, sustentando, em síntese, em que pese ter sido reconhecida a incapacidade do interdito para responder pelos atos da vida civil, em razão de apresentar sintomas compatíveis com esquizofrenia residual, deve ser mantido seu direito de dirigir. Sobreveio o juízo de admissibilidade do Tribunal de origem, que inadmitiu o recurso especial por considerar que incide à espécie falta de prequestionamento e o óbice da Súmula 07/STJ, o que ensejou a interposição do presente recurso. Não foi apresentada contraminuta, fls. (e-STJ) 439. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 457/459, e-STJ, opinou pelo não provimento do agravo. É o relatório. Decido. De início, quanto à alegada violação dos artigos 1º; 4º; 84, § 3º e 85, § 2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº. 13.146/2015, verifica-se que o conteúdo normativo dos dispositivos invocados no apelo nobre não foi apreciado pelo Tribunal a quo, ainda que a parte ora recorrente tenha oposto embargos de declaração a fim de sanar eventual irregularidade. Dessa forma, à falta do indispensável prequestionamento, incide, por analogia, o óbice da Súmula 282 do STF. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO

EM RECURSO ESPECIAL.  
PRESCRIÇÃO. PROCESSO CIVIL.  
FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.  
DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.  
NÃO REALIZAÇÃO DO COTEJO  
ANALÍTICO. RECURSO  
DESPROVIDO.

1. Aplicam-se as Súmulas n. 282 e 356 do STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios. (...) 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 544.459/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe de 25/11/2014) O tribunal de origem, ao manifestar-se acerca da matéria ora impugnada, qual seja, a possibilidade de suspensão do direito de dirigir veículo automotor por pessoa portadora de doença incapacitante, assim consignou: Observa-se que em se tratando de condução veicular tem-se como temerária a viabilidade de revisão ou anulação de uma decisão tomada pelo curatelado na direção, ainda que com supervisão permanente do curador. Isto porque, a direção veicular reveste-se de atos complexos e de liberdade, em constante adaptação às condições do tráfego, em que uma atitude equivocada pode não ser passível de correção e acarretar em graves prejuízos, não apenas para o condutor, como também pára terceiros. A própria Associação Brasileira de Medicina de Tráfego - ABRAMET, publicou um artigo em seu site esclarecendo sobre as doenças neurológicas e a condução veicular, in verbis: Doenças neurológicas são importantes causas médicas de acidentes de trânsito. ' A condução de um veículo

requer capacidade para executar ações complexas em resposta a um ambiente que está continuamente mudando. Para conduzir um veículo com segurança, o motorista deve ser capaz de realizar, sem hesitação, urna série contínua de movimentos musculares complexos, com grande precisão, quaisquer que sejam as condições do clima e das vias. Toda doença que altere a percepção, julgamento, vigilância e a capacidade de realizar as ações necessárias para controlar um veículo, poderá prejudicar a aptidão de um condutor, tornando a direção veicular insegura(...)

([http://www.abramet.com.br/conteudos/artigos/doencas\\_neurológicas\\_e](http://www.abramet.com.br/conteudos/artigos/doencas_neurológicas_e_conducao_veicular/)

[\\_conducao\\_veicular/](http://www.abramet.com.br/conteudos/artigos/doencas_neurológicas_e_conducao_veicular/)) Portanto, por mais que a família se preocupe com o interditado e ressalte a importância deste ser inserido em atividades regulares e em sociedade, a restrição de condução veicular é importante para a própria integridade física deste e de toda a coletividade. Frisa-se que um descuido mínimo, em segundos, pode ser fatal e a melhor alternativa para se manter um ambiente seguro no trânsito é estar atento, dirigir com prudência, e ter discernimento quanto ao que fazer ante a complexibilidade de constante mudança no tráfego. O que de fato não detém o curatelado. Com essas ponderações, ressalta-se que compete ao magistrado, diante das provas, definir a extensão dos limites da curatela, buscando um convívio social saudável e seguro ao curatelado e a toda coletividade. (e-STJ, fls. 297/299) Assim, elidir as conclusões do aresto impugnado, no que tange a capacidade do interdito para executar ações complexas, tal como conduzir veículo automotor, demandaria o revolvimento do conjunto

fático-probatório dos autos, providência vedada nesta sede especial a teor da Súmula 7/STJ. Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2018. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) Relator (Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), 23/02/2018) (STJ, 2018, *online*).

Deste modo, demonstra-se clara o posicionamento da jurisprudência ao suprimir a interdição para a curatela, restringe-se tão somente aos direitos de natureza patrimonial e negocial, assim disciplinados pelo artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

Trata-se, portanto, de lei: “[...] extraordinária, reforçando sua excepcionalidade”, assim ressaltado por Pablo Stolze (2018, *online*). Na mesma linha, o autor enfatiza que:

[...] a prática de ato negocial sem a presença do curador - e note-se que estamos diante de uma modalidade nova e especial de curatela, protetiva de uma pessoa capaz - resulta na inexistência ou nulidade absoluta do ato negocial. [...] por exemplo, consegue-se apor a digital de uma pessoa, com grave paralisia (não alfabetizada), em um documento, sem a intervenção do seu curador, poderia nos conduzir a uma hipótese de inexistência do negócio por ausência de manifestação da vontade. [...] a depender da Escola filosófica que se siga, caso não se admita o plano existencial do negócio jurídico, pode-se concluir que o ato praticado

nessas circunstâncias é nulo por vício em sua própria forma, dada a indispensável participação do curador na realização do ato negocial. (STOLZE, 2018, *online*).

Assim, a invalidade do negócio jurídico por incapacidade derivada de deficiência não mais existe, ou seja, a deficiência hodiernamente para o ordenamento jurídico não é mais a causa de incapacidade civil. O que torna preocupante a nova interpretação da nova legislação, que poderá conduzir ao reconhecimento de uma indesejável “desproteção”, deflagrando certos efeitos indesejados. (STOLZE, 2018, *online*).

Como esclare José Fernando Simão citado por Stolze (2018, *online*).

[...] significa que hoje, se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso (curso por correspondência de inglês ofertado na porta do metrô) esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz.

Por isso requer da doutrina e da jurisprudência uma interpretação justa, razoável e harmônica diante da matriz constitucional do Estatuto. Fato em que hodiernamente, aboliu o rótulo da incapacidade. Diferentemente do que se apresentava o sistema anterior, o qual impuía a pessoa com deficiente tal rótulo, oficializado na interdição. Nessa linha, a deficiência não é mais considerada como causa de incapacidade civil, não se podendo, invalidar (por nulidade absoluta ou relativa) o negócio celebrado com tal fundamento. (Stolze, 2018, *online*).

Iara Antunes de Souza (2015, *online*) em sua tese, revisão da interdição e da curatela, ressalta que o ordenamento jurídico teria que levar os Direitos dos portadores de transtorno mental a sério, garantindo sua dignidade humana e exercício de sua autonomia, onde mais adiante destaca o seguinte:

[...] que seus preceitos sejam efetivamente aplicados e alcancem a proteção e promoção dos direitos das pessoas, conforme dita a Constituição da República de 1988. [...] O Direito não pode ser um instrumento de segregação e exclusão, enquanto o movimento médico, psicológico e de toda área da saúde é no sentido de inclusão e garantia. Resta então aqui uma proposta de aplicação da interdição e da curatela como, de fato, medida protetiva e promotora dos Direitos dos portadores de transtornos mentais. O Direito passa a fazer parte da política pública de saúde mental. Para tanto, parte-se da revisão das teorias das incapacidades e, após, apresenta-se a proposta de aplicação prática da curatela, que, segundo se pretende, atende aos anseios atuais.

Com efeito, a nova figura do curador de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) criou reflexos para proteção jurídica destas pessoas. Anteriormente, o curador tinha poderes gerais, ou seja, poderia fazer tudo para bem ajudar o deficiente, entretanto, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), o curador passa a ser responsável, tão somente, por atos de natureza patrimonial.

Significa que a pessoa com deficiência passa a ter autonomia de forma isolada de suas decisões. Ou seja, o curador não poderá mais tomar certos tipos de decisões em seu lugar, mesmo que seja para lhe proteger.

Destarte, se a pessoa com deficiência passa a tomar decisões de sua vida social, ela passa a ser capaz para tanto. E para isso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) criou a chamada Tomada de Decisão Apoiada, inserindo o artigo 1.783-A no Código Civil (BRASIL, 2002), conforme será visto a seguir.

#### **4.2 Tomada de decisão apoiada**

Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 243) prelecionam sobre a tomada de decisão apoiada:

A partir do sistema implantado pelo Estatuto, a pessoa com deficiência que pode exprimir a sua vontade não está submetida ao regime das incapacidades jurídicas- o que se mostra absolutamente pertinente e razoável. Somente as pessoas com deficiência que não puderem exprimir a sua própria vontade é que se emolduram nas compreensões da incapacidade jurídica (CC, art. 4º, III). Todavia, as pessoas com deficiência (física, mental ou intelectual) que podem exprimir vontade - e que, por conseguinte, estão abrangidas pela plena capacidade - podem, eventualmente, precisar de cuidado, proteção. Exsurge, nessa arquitetura, a tomada de decisão apoiada, como um procedimento especial de jurisdição voluntária destinado à nomeação de dqs apoiadores que assumem a missão de auxiliar a pessoa em seu cotidiano. Não se trata de incapacidade e, por isso, não são representantes ou assistentes. Apenas um mero apoio para auxiliar, cooperar, com as atividades cotidianas da pessoa. A tomada de decisão apoiada não se confunde com a

curatela, partindo de uma premissa diametralmente oposta: inexistência de incapacidade, mas mera necessidade de apoio a uma pessoa humana.

Deste modo, a pessoa com deficiência pode adotar pelo processo de toma de decisão, conforme o artigo 84 do Estatuto (BRASIL, 2015, *online*), valendo de outra via assistencial:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Raul Roland Clímaco Senra Alves (2017, p. 40) enfatiza que estes indivíduos alçados a tal categoria, não detêm plena capacidade, fato em que se choca com controvérsias interpretativas que permeiam o assunto, como assim esclarece:

As pessoas com deficiência serão compelidas a adotarem o processo de tomada de decisão apoiada, apesar de ser uma faculdade prevista no §2º do artigo 84 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa

com Deficiência. E em virtude disso, será ou não definido a capacidade civil da pessoa com deficiência, tendo em vista, a pessoa “apoiada por terceiro”, se alicerça com uma capacidade mitigada. Logo, no atual contexto jurídico brasileiro, indivíduos alçados à categoria de sujeitos jurídicos não tem plena capacidade civil. E com O Estatuto, a expectativa de direito de autocondução da própria vida esbarra nas indefinições e controvérsias interpretativas que permeiam o assunto.

Logo, a partir de então, deve-se tomar a medida judicial protetiva adequada, seja de curatela ou de tomada de decisão apoiada, a depender do grau de deficiência, a ser avaliada, para a prática de atos da vida civil, prevalecendo à norma mais benéfica à pessoa com deficiência, conforme artigo 121 do Estatuto (BRASIL, 2015, *online*), *in versus*:

Art. 121. Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria.

Parágrafo único. Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência.

Contudo, é a própria pessoa com deficiência quem fará o requerimento ao juiz, com indicação das pessoas aptas a lhe prestarem o apoio, onde serão transcritos os termos sobre os limites deste apoio.

No mesmo sentido, ressalta Bruna Katz e Raquel Tedesco (2018, *online*):

[...] do procedimento de tomada de decisão apoiada, que é de iniciativa exclusiva da pessoa com deficiência, a curatela possui outros legitimados para ingressarem com a ação, dentre os quais se incluem cônjuges ou companheiros do curatelado, seus parentes, o representante da instituição onde esteja abrigado e, na falta desses, o Ministério Público. Nesse processo, o juiz contará com a ajuda de um expert ou de uma equipe multidisciplinar, os quais têm como função realizar perícia para avaliar e delimitar os atos para os quais haverá a necessidade de curatela da pessoa com deficiência.

O juiz, depois de ouvido o Ministério Público e através de manifestação da equipe multidisciplinar, ouvirá também o requerente e as pessoas que prestarão o apoio, e após, decidirá, passando a ter validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado, assim respaldado pelo artigo 1.783-A e seus parágrafos do Código Civil 2002. (BRASIL, 2002).

Assim, Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 345) esclarece quanto à possibilidade de deliberação judicial sobre o apoio:

É natural que os próprios apoiadores, ou mesmo um terceiro que tenha interesse, venham a encarecer a atuação judicial para deliberar sobre situações que vinculem o interesse da pessoa apoiada. São os casos em que exista uma eventual divergência de ideias ou risco de potencial prejuízo à pessoa apoiada. Nessa hipótese, para preservar o

interesse do vulnerável, ouvido o Promotor de Justiça, e, se for preciso, colhido o laudo de equipe multidisciplinar, o magistrado deliberará, em procedimento de jurisdição voluntária.

Talvez, o legislador, tentando garantir a pessoa com deficiência sua inclusão social, alterou profundamente as normas até então conhecidas no Direito de Família e quanto à capacidade de civil, passando a desproteger o deficiente, tirando até mesmo amplos poderes do curador, principalmente quanto às ações contratuais.

Nesse sentido preleciona Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2018, *online*):

Apesar de algumas alterações demonstrarem um tratamento mais digno em primeira análise, elas podem ao mesmo tempo suprimir direitos e garantias essenciais às pessoas. Como a dignidade da pessoa humana remonta também à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, ao impedir a proteção de quem dela necessite, a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência conflita com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação, consagrado por esse princípio, não depende do cumprimento literal da expressão para ser efetivado. A autonomia da pessoa deve ser considerada em abstrato, uma vez que seu objetivo é proporcionar condições para que ela exerça os seus direitos, seja diretamente, assistida ou representada. Portanto, impor capacidade ignorando a sua situação de vulnerabilidade da pessoa é tão aviltante quanto retirá-la de uma pessoa em plenas condições uma vez que não importa em conferir autonomia a ela, mas sim em desprotegê-la e acentuar mais ainda a sua

vulnerabilidade, fato que certamente não promove a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, as modificações promovidas pelo referido estatuto evidenciam a inconsistência jurídica quanto às pessoas que não podem ou não conseguem externar sua vontade para os atos da vida civil, ainda que relativa. Tal proteção fica desguarnecida e prejudicada por não gozarem do instituto com a representação, bem como a nulidade ou impedimento e suspensão, prescrição e decadência em defesa de seus direitos, ferindo assim o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (VIEGAS, 2018).

## 5 CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, pode-se dizer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) trouxe várias alterações, principalmente no que condiz às inovações quanto à capacidade.

Aliás, esta nova forma de interpretar a capacidade civil das pessoas com deficiência pode causar problemas na prática, com efeito, de maneira inédita, uma vez que, o Estatuto (BRASIL, 2015) retira a pessoa com deficiência da categoria de incapaz. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Não deixa dúvida que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), viabiliza a inclusão social e cidadania, assegurando condições de igualdade, dignidade e o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, contudo ao mutilar os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), desguarnece aqueles em que o Estatuto deveria proteger. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015, online).

Desta maneira, a inovação trazida pelo Estatuto da

Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) poderá ser um dos maiores prejuízos causados àqueles que necessitam de proteção, uma vez que, não possuem nenhum poder de autodeterminação e desenvolvimento cognitivo, ainda que relativa, pelo simples fato de não poderem utilizarem do instituto como a representação, a nulidade ou impedimento e suspensão, prescrição e decadência em defesa de direitos, assegurada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (VIEGAS, 2018).

Com efeito, as famílias, a sociedade e a pessoa com deficiência passam a se integrar de forma igual, como preceitua o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), não mais obtendo diferenciações entre si no aspecto da capacidade civil. (STOLZE, 2018, online)

De tal forma que, somente o fato da pessoa com deficiência ser considerada capaz para contrair casamento ou união estavel, já se torna algo preocupante, pois, há posicionamentos contrários às reformas, tendo em vista que, as modificações dificultam a anulação do casamento, desconsiderando assim, o grau de discernimento dos deficientes, uma vez que, não foi delimitado pelo legislador. (ARAÚJO, 2016, online).

E como se analisou no transcórre deste trabalho, viu-se que o próprio Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916 e depois o de Código Civil (BRASIL, 2002) de 2002 fizeram com que a pessoa com deficiência ficasse mais protegida.

São leis iguais ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) que poderão fazer com que a pessoa com deficiência deixe de estar protegida, não vindo a ser efetivada a justiça moral e social. (ARAÚJO, 2016, online). Haja vista, que não se deve julgar o processo pela capa e ignorar a vulnerabilidade da pessoa em detrimento da capacidade. (VIEGAS, 2018, online). Neste caso, deve prevalecer a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões, para que a pessoa com deficiência possa viver

em igualdade com as demais.

Como se vê, não obstante para fazer se cumprir o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), deve o Poder Público sempre pautar pela fiscalização e efetividade dos direitos consagrados, pois, uma lei não aplicada é a mesma coisa que lei morta. Haja vista que, o Poder Judiciário também terá um papel importante, pois, deverá interpretar a legislação no sentido de trazer o máximo de proteção as pessoas com deficiência. (MARIANO; CUNHA; GONÇALVES e PEREIRA, 2017, online). Espera se assim, a imposição de medidas positivas adequadas ante a ausência ou desídia dos atropelamentos e as controvérsias legislativas, advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

## REFERÊNCIAS

ALVES, Raul Roland Clímaco Senra. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e os seus desafios: da inconstitucionalidade por omissão às alternativas que viabilizam sua aplicação**. Belo Horizonte: Raul Roland, 2017.

AMARO, Jorge. Política da pessoa com deficiência: releitura do estado da arte. In: **Inclusive**, 2015. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/arquivos/28245>>. Acesso em: 03 set. 2018.

ARAÚJO, Bruna de Oliveira. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as repercussões no casamento e na união estável. In: **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em: <[\[juridico.com.br/site/?n\\\_link=revista\\\_artigos\\\_leitura&artigo\\\_id=18311\]\(http://juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=18311\)> Acesso em: 27 mai. 2018.](http://www.ambito-</a></p></div><div data-bbox=)

BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BONINI, Paulo Rogério. **Direito Civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Lei 13.146/15. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em: 01 mar. 2018.

CLETO, Vinicius Hsu. Convenção de Nova Iorque e o estatuto da pessoa com deficiência: ordenamento brasileiro e políticas públicas. In: **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-convencao-de-nova-iorque-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-ordenamento-brasileiro-e-politicas->

publicas,57368.html#\_ftnref6>. Acesso em: 27 mai. 2018.

COMPASSI, Fabio. Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade civil. In: **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://compassi.jusbrasil.com.br/artigos/240258426/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-a-capacidade-civil>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

COSTA, Márcia Pereira. **A capacidade empresarial do menor**. Curitiba: Juruá, 2011.

CRISTINA, Ednéia Ramalho; RESENDE, Joao Batista Souza. **Dificuldades da inclusão do deficiente físico no mercado de trabalho**. In: **Revista científica eletrônica de administração**, 2005. Disponível em: <[http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/msnp3KrdnoUlhbw\\_2013-4-26-12-19-25.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/msnp3KrdnoUlhbw_2013-4-26-12-19-25.pdf)> Acesso em: 22 out. 2018.

DAMASCENO, Luiz Rogerio da Silva. Direitos humanos e proteção dos direitos das pessoas com deficiência. In: **Jus**, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32710/direitos-humanos-e-protecao-dos-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOURADO, Sabrina. A interdição - seus novos contornos no CPC/15 e EPD. In: **Lex**, 2016. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27173529\\_A\\_INTERDI](http://www.lex.com.br/doutrina_27173529_A_INTERDI)

CAO\_\_SEUS\_NOVOS\_CONTORNOS\_NO\_CPC\_15\_E\_EP.D.aspx>. Acesso em: 03 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALDINO. Vandson dos Santos. Curatela: conceitos, características e inovações trazidas pelo Código Civil de 2002. In: **Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,curatela-conceitos-caracteristicas-e-inovacoes-trazidas-pelo-codigo-civil-de-2002,47461.html>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. In: **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8404](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404)>. Acesso em: 01 mai. 2018.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; NOVAES, Hivison Augusto de Souza. As alterações do instituto das incapacidades no Código Civil trazidas pela Lei Federal nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e seus corolários no casamento. In: **Jus**, 2017. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/54900/as-alteracoes-do-instituto-das-incapacidades-no-codigo-civil-trazidas-pela-lei-federal-n-13-146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-corolarios-no-casamento>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral – De acordo com novo Código de Processo Civil e Estatuto da Pessoa com Deficiência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. De acordo com a Lei nº. 12.874/2013. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KATZ, Bruna; TEDESCO, Raquel. Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência: Tomada de Decisão Apoiada e Curatela. In: **Migalhas**, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278658,61044> - Capacidade+Civil+da+Pessoa+com+Deficiencia+Tomada+de+Decisao+Apoiada>. Acesso em: 03 nov. 2018.

KOYMA, Débora Fazolin. Os reflexos da Lei nº. 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – no sistema jurídico brasileiro. In: **Câmara Inclusivo**, 2017. Disponível em: <<https://www.camarainclusao.com.br/artigos/os-reflexos-da-lei-13-1462015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-no-sistema-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

KÜMPEL, Vitor Frederico e BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. In: **Migalhas**, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044>

-As+aberracoes+da+lei+131462015>. Acesso em: 29 abr. 2018.

LIMA, Vicente Mota de Souza e OLIVEIRA, Andrea Jacques. Dignidade da pessoa humana e sua inter-relação com os direitos humanos. In: **Jus**, [s/d]. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37016/dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-inter-relacao-com-os-direitos-humanos>> Acesso em 13 jun. 2018.

MARIANO, Thiago Batista; CUNHA, Reginaldo Bezerra; GONÇALVES, Auricélio Alves; PEREIRA, Tarciso Pinto. Políticas públicas de inclusão e acessibilidade. In: **Jus**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58014/politicas-publicas-de-inclusao-e-acessibilidade>>. Acesso em: 03 set. 2018.

MELLO, Camilla T. S. Os Efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015) em nosso Ordenamento Jurídico. In: **SM Assistência Jurídica**, 2018. Disponível em: <<https://smassistenciajuridica.jusbrasil.com.br/artigos/535620211/os-efeitos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-n-13146-2015-em-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

MINAS GERAIS. Apelação Cível nº. 1.0003.14.003754-4/001. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator Desembargador Armando Freire. In: **TJMG**, 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0003.14.003754-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

MOZER, Isaque. Início e fim da personalidade e seus aspectos segundo o Código civil. In: **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <[https://isaquem1.jusbrasil.com.br/artigos/531558008/inicio-o-e-fim-da-personalidade-e-seus-aspectos-segundo-o-codigo-civil?ref=topic\\_feed](https://isaquem1.jusbrasil.com.br/artigos/531558008/inicio-o-e-fim-da-personalidade-e-seus-aspectos-segundo-o-codigo-civil?ref=topic_feed)>. Acesso em: 25 fev. 2018.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. In: **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PIMENTEL, Lucas. O direito da pessoa com deficiência: breves considerações. In: **DM**, 2017. Disponível em: <<https://www.dm.com.br/opiniaio/2017/05/o-direito-da-pessoa-com-deficiencia-breves-consideracoes.html>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

RIBEIRO, Alex Sandro. Capacidade e legitimação nos negócios jurídicos. In: **Âmbito Jurídico**, 2002. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4522](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4522)>. Acesso em: 02 set 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA, Igor Fontenele de. A Teoria da Capacidade: Conceitos e Definições. In: **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://igorfontesousa.jusbrasil.com.br/artigos/417102308/>

a-teoria-da-capacidade-conceitos-e-definicoes>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da Interdição e da Curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do Biodireito e da saúde mental. In: **PUC Minas**, 2015. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SouzaAd\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaAd_1.pdf)>. Acesso em: 05 set. 2018.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.232.904 - DF (2017/0319943-1) Relator: Ministro Lázaro Guimarães. In: **STJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=PESSO A+COM+DEFICIENCIA+CURATELA&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC4>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. In: **Jus**, 2018. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/68666/a-invalidade-do-negocio-juridico-em-face-do-novo-conceito-de-capacidade-civil#\\_ftn11](https://jus.com.br/artigos/68666/a-invalidade-do-negocio-juridico-em-face-do-novo-conceito-de-capacidade-civil#_ftn11)>. Acesso em: 02 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. É o fim da interdição? In: **Jus Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas. A capacidade civil à luz do estatuto do deficiente: inclusão, proteção ou desproteção da dignidade da pessoa

humana? In: **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613131135/a-capacidade-civil-a-luz-do-estatuto-do-deficiente-inclusao-protecao-ou-desprotecao-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

## ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Marina Silva de Oliveira<sup>12</sup>  
Deilton Ribeiro Brasil<sup>13</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar como o instituto da adoção é regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre sua trajetória histórica aos longos dos anos, possibilitando assim um maior entendimento de sua premissa atual. Além do mais, tem por finalidade principal analisar sua aplicação diante da nova formação da família brasileira, que se modificou por diversas vezes da sua origem até os dias de hoje, exigindo várias adequações para melhor aplicabilidade do instituto. Contudo, diante de uma sociedade de costumes tradicionais, a mais nova constituição familiar, qual seja a família homoafetiva, é vista com muito preconceito. Mas a Constituição Federal de 1988 impõe a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Desta forma, garante como direito fundamental de que todo ser humano deve possuir vida digna sem discriminação. Desse modo, diante também da garantia fundamental constitucional de todos serem acolhidos e protegidos dentro de um seio familiar, não existe explicação para a rejeição ao instituto da adoção por casal homoafetivo, uma vez que antes de tudo deve-se priorizar o bem maior a ser protegido, qual seja uma vida digna dentro de todas as garantias fundamentais previstas pela

---

<sup>12</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

<sup>13</sup> Professor do Curso de Direito da Universidade de Itaúna. Mestre em Direito (UIT). Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Doutor em Direito.

Carta Maior a uma criança e adolescente, ou até mesmo a um adulto que opte por esse reconhecimento, não afastando de ninguém tal direito. Assim, o presente estudo visa demonstrar e apresentar um pouco da receptividade do mundo jurídico a essa nova realidade da sociedade.

**Palavras-chave:** Adoção; Casal Homoafetivo; Garantia constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo apresentar a grande polêmica em relação às uniões homoafetivas, bem como despertar uma maior reflexão de seus preconceitos na legislação possibilitando a legitimação das adoções realizadas por pares homossexuais.

A adoção merece toda e qualquer apreciação especial, tendo em vista tratar-se de um ato de intensa humanidade, além do que reforça a admiração da sociedade pelo amor ao próximo, até mesmo na constituição familiar já existente. É engrandecedor analisar sua história, recheada de entraves, que vem a cada dia, criando laços mais firmes, alcançando o seu objetivo.

O conceito adotado para definir a entidade familiar vem se aprimorando e estabelecendo novos contornos, guiados principalmente pelos princípios da solidariedade e da afetividade.

A relação homoafetiva recebeu e recebe diversas críticas, principalmente no que se refere a adoção, contudo, desde que atenda os demais requisitos exigidos pela lei para sua concessão, não há como negar que de nada interfere se a nova família é composta por um casal heterossexual ou homossexual.

Não obstante essa relação não pareça convencional, sempre existirá o fantasma da discriminação. Há quem alegue que as crianças adotadas por eles sofreriam por

serem filhas deles, justamente sob essa justificativa de não serem um casal convencional. É verdade que existe essa possibilidade. Mas alegar isso seria o mesmo que cortar o braço por medo de perder os dedos da mão.

Dentro, portanto, do que se exige a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), todos merecem e devem ser tratados como iguais e com dignidade, assim sendo, o presente trabalho tenta apresentar os principais pontos relativos a esse tema, apontando em um primeiro momento sobre a evolução do instituto da adoção ao longo da história, seu surgimento, ainda que com a resistência religiosa por ser visto a época como uma forma de substituir a constituição da família, mas como forma de cumprir rituais também religiosos que traziam a necessidade de continuidade da família quando não era possível gerar herdeiros naturais. O surgimento no Brasil, discorrendo desde o surgimento com o Código Civil (BRASIL, 1916) e suas restrições, o Código de Menores de 1965 de (BRASIL, 1965), o Segundo Código de Menores de 1979 (BRASIL, 1979), as significativas alterações com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e, enfim apresentando os requisitos exigidos pela legislação vigente, conforme ECA de 1990 (BRASIL, 1990) trazendo toda a evolução histórica e evidenciando o dinamismo do direito diante da matéria. Há que se mensurar também, que se faz necessária apresentar a respeito das entidades familiares, uma vez que a união homoafetiva recebe contornos familiares, e assim apresenta de maneira real um ambiente adequado para a inclusão de um menor adotado e as alterações sofridas no formato da constituição familiar, sobre a regulamentação da adoção, conforme institutos supra.

Assim, busca-se discorrer, por fim, especificamente sobre a união homoafetiva, sua base constitucional, os princípios norteadores, principalmente da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como em que se

permeia a negativa da aceitação da adoção por estes casais, além de apresentar argumentos para a ocorrência desse gesto de amor.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção originou-se com o objetivo de atender aos princípios religiosos, uma vez que desde os tempos primitivos, existiam crenças afirmando que as pessoas eram conduzidas pelos mortos, e assim precisavam ser cultuados, no momento da morte.

Contudo, tal rito fúnebre deveria ser feito pelos seus descendentes para só assim os respectivos mortos encontrarem a tranquilidade após a morte, portanto era imperioso garantir a continuidade da família e a existência de descendentes aptos para práticas de tais cultos, justificando a adoção nos casos de impossibilidades de se gerar descendentes naturais.

No decorrer dos anos o instituto da adoção passou por modificações bastante características, revolucionando o pensamento humano, derrubando costumes enraizados na discriminação. O ato de adotar tinha como acepção um pedido formulado aos deuses maiores, de acordo com cada religião, em oposição àquilo que a natureza teria negado, ou seja, aqueles que estavam impossibilitados por algum motivo externo, mas principalmente internos, de ter filhos, dentro dos limites estabelecidos pela igreja, poderiam adotar. (GAMA, 2003).

Diante desta realidade, a adoção surgiu com o intuito de atender aos princípios religiosos, uma vez que desde a origem dos tempos primitivos os povos acreditavam e seguiam crenças que pregavam que as pessoas após a morte eram conduzidas a outros lugares e assim no momento de sua partida, precisavam ser

cultuados pelos seus entes familiares, assim se fazia necessário a existência de alguém da família, para poder estar presente nesse rito fúnebre. Se não fosse um herdeiro natural, que fosse adotivo. (GAMA, 2003).

Assim, praticou-se este instituto frequentemente, ele foi adquirindo grande reconhecimento, pois os antigos confiavam que os mortos dependiam de tais ritos fúnebres praticados pelos descendentes para só assim encontrarem a tranquilidade após a morte, portanto era necessário garantir a continuidade da família e a existência de descendentes aptos para as práticas de tais cultos, motivo este que justifica a prática da adoção nos casos de impossibilidades de se gerar descendentes naturais. (GAMA, 2003).

Partia-se do princípio que, se alguém viesse a falecer sem descendentes, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses lares, conforme a crença instituída na civilização romana. Para Sílvio de Salvo Venosa (2006), nesta contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade.

Dessa forma, adotar significava pedir a religião àquilo que a natureza teria negado, ou seja, aqueles que estavam impossibilitados por algum motivo de ter filhos, dentro dos limites estabelecidos pela igreja, poderiam adotar, uma vez que é latente a rejeição pela Igreja ao referido instituto.

De acordo com citações bíblicas, os hebreus foram os primeiros a utilizar o instituto da adoção, entre tal povo havia uma espécie de adoção chamada levirato, onde pai ou mãe podiam adotar, mas a adoção só ocorria entre parentes.

Na antiguidade, conforme ressalta Fustel de Colanges (2004), a religião obrigava o homem a se casar, mas facultava o divórcio em casos de esterilidade, até mesmo permitindo a substituição do marido por algum

parente em caso de impotência ou de morte prematura e somente como último recurso oferecia à família, o direito a adoção, sendo utilizada como meio de escapar da desgraça tão temida da extinção das famílias.

Segundo ensina Vianna de Lima (1965, p. 8):

A própria Igreja não simpatizava com a adoção, em que via um meio de substituir a constituição da família legítima pelo casamento, uma possibilidade de reconhecimento oblíquo de filhos adúlteros e incestuosos

É bastante visível a rejeição do instituto pela Igreja. Apesar de prevalecer essa negação ao instituto, é possível perceber nas citações bíblicas que os hebreus foram os primeiros a utilizar o instituto da adoção. Entre eles, acredita, foi instituído até mesmo uma espécie de adoção chamada levirato, onde pai ou mãe podiam adotar, mas a adoção só ocorria entre parentes. (GAMA, 2003).

Em Roma, portanto, o poder de decidir sobre adotar ou não permanecia nas mãos dos religiosos. Os pontífices que tomariam a decisão durante as reuniões religiosas, que aconteciam obrigatoriamente na cidade de Roma. Contudo, existiam aqueles que já estavam proibidos de participar dos comícios, como os estrangeiros, os escravos e as mulheres e assim não podiam adotar.

As entidades familiares de Roma apresentavam uma concepção pública ou política e não era motivada fundamentalmente pelos laços sanguíneos.

A adoção estava presente no Código de Hamurabi (*apud* GAMA, 2003), Mesopotâmia, 1700 a.C., onde há que se destacar a possibilidade do filho adotado retornar a casa paterna, e nas Leis de Manu (*apud* GAMA, 2003), Índia, 1000 a.C, onde a adoção seria permitida há quem a natureza tivesse negado filhos, e assim evitariam o fim das cerimônias fúnebres. Tanto era assim, que as Leis de Manu

estabeleciam requisitos prévios à adoção, no sentido da informação e do conhecimento do adotando a respeito de importância da preservação dos cultos religiosos, e do perigo que adviria da não realização de tais cerimônias religiosas (GAMA, 2003).

Durante a Idade Média, com a preponderância do Direito Canônico a adoção caiu em desuso e quase desapareceu por completo. Isso porque seus fundamentos eram contrários aos direitos eventuais, não se aceitavam mesclar numa mesma família plebeus e aldeões com senhores feudais. (GAMA, 2003).

A lei nº 3.133 promulgada em 8 de maio de 1957 (BRASIL, 1957) alterou os requisitos exigidos para adoção, diminuindo a idade mínima para trinta anos, e a diferença entre adotante e o adotado para mínimo de dezesseis anos, mas manteve a obrigação do casal de não possuir filhos, passando-se apenas a exigir comprovação de permanência conjugal por um período de no mínimo cinco anos de matrimônio.

De acordo com a referida lei, em se tratando de direitos sucessórios o adotante tinha direito apenas a metade do quinhão a que tinha os filhos naturais, direito esse revogado pelo artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que proibia qualquer diferença entre filhos legitimados ou legítimos.

Aproximadamente oito anos após, sobreveio, o primeiro Código de Menores em 1965 (BRASIL, 1965), com a Lei n. 4.655. Com a mencionada lei instituiu-se a legitimação adotiva nos moldes do modelo francês, ficando reconhecido como marco no direito brasileiro relativo à adoção, permitindo que fosse cancelado o registro de nascimento primitivo e substituído por outro, com novos dados, uma vez que possibilitou a adoção de menores de sete anos de idade por casais com pelo menos cinco anos de casamento, sendo dispensado o tempo de nubência do casal se comprovada a esterilidade de um dos

cônjuges, mantendo, portanto, o requisito da esterilidade do casal, advindo com o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Com a intenção de aperfeiçoar o instituto da adoção no Brasil, foi instituído o segundo Código de Menores (BRASIL, 1979), pela Lei n. 6.697, em 10 de outubro de 1979, determinando duas espécies de adoção, quais sejam: adoção simples e plena, esta regradada basicamente nos moldes do primeiro Código de Menores, em que o adotado adquiria a condição de filho para todos os efeitos, inclusive os sucessórios de maneira irrevogável, desfazendo todos os laços com sua família biológica.

Anos depois, com a promulgação do Código de Prússia em 1939, diploma legal considerado de grande importância como antecedente histórico no que se refere ao instituto da adoção, foi fixada a legitimação adotiva, com maior amplitude, permitindo a aproximação do adotado à filiação legítima. (GAMA, 2003),

A adoção passou a concretizar-se mediante contrato escrito, a solicitar a confirmação diante o tribunal superior do lugar do domicílio do adotante o adotante não fazia jus aos bens dos pais adotivos, mantendo, todavia, seus direitos com relação aos pais biológicos. (GAMA, 2003)

De acordo com a adoção simples os menores em situação irregular regida pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), com a devida autorização judicial eram destinados a um estágio de convivência.

## **2.1 Do surgimento da adoção no Brasil**

A regulamentação do instituto da adoção no Brasil iniciou-se com a promulgação do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), apesar do interesse em alavancar a adoção no país, como recepção teve-se inúmeras restrições e limitações nos dispositivos legais a que lhe faziam referência.

A prole legítima ou legitimada, além disso, era requisito imprescindível a observância da existência de filhos biológicos do adotante. Naquela época, uma quantidade significativa de pessoas ficava expressamente proibida de realizarem sua vontade, frente aos requisitos severos que a legislação impunha.

Acerca dessas ressalvas Calmon assim discorre (GAMA, 2003, p. 513):

Cumprir observar, no entanto, que diversamente do modelo de adoção originalmente adotado no Code Civil de 1804, o Código de 1916 admitiu a adoção de menores, mas apenas em favor de casais estéreis, o que o tornou bastante restritivo. Vale lembrar que, na redação original do texto de 1916, somente os maiores de cinquenta anos, sem filhos legítimos ou legitimados, poderiam adotar, com diferença de dezoito anos de idade para o adotando. O parentesco que se estabelecia por força da adoção era limitado entre adotando e adotado, não se estendendo aos parentes do adotante.

Aproximadamente oito anos após, sobreveio, o primeiro Código de Menores em 1965 (BRASIL, 1965), com a Lei n. 4.655. Com a mencionada lei instituiu-se a legitimação adotiva nos moldes do modelo francês, ficando reconhecido como marco no direito brasileiro relativo à adoção, que possibilitou a adoção de menores de sete anos de idade por casais com pelo menos cinco anos de casamento, sendo dispensado o tempo de nubência do casal se comprovada a esterilidade de um dos cônjuges, mantendo, portanto, o requisito da esterilidade do casal, advindo com o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Com a intenção de aperfeiçoar o instituto da adoção no Brasil, foi instituído o segundo Código de Menores (BRASIL, 1979), pela Lei n. 6.697, em 10 de outubro de 1979, determinando duas espécies de adoção, quais sejam: adoção simples e plena, esta regrada basicamente nos moldes do primeiro Código de Menores, em que o adotado adquiria a condição de filho para todos os efeitos, inclusive os sucessórios de maneira irrevogável, desfazendo todos os laços com sua família biológica.

De acordo com a adoção simples os menores em situação irregular regida pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), com a devida autorização judicial eram destinados a um estágio de convivência.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), essas duas espécies de adoção tiveram que ser banidas do regramento jurídico pátrio, eis que a diferenciação existente entre as duas espécies era contrária aos novos princípios constitucionais de igualdade plena entre os filhos, além da proibição de ações discriminatórias e no melhor interesse da criança.

O novo estatuto legal em 13 de julho de 1990, Lei nº 8.069 (BRASIL, 1990) veio modificar o instituto da adoção, passando a instituir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que visa proteger acima de tudo o interesse da criança e do adolescente.

## 2.2 Definição e natureza jurídica

É possível aferir que a adoção possui contornos históricos bem peculiares. Conhecida nas remotas civilizações, surgindo na antiguidade com o intuito de perpetuar o culto doméstico, perdurando no transcurso dos séculos, proporcionando uma contemplação jurídica, que nos dias atuais encontra-se fundamentado em sua maioria nas relações de afetividade e solidariedade de tão exacerbadas desigualdades econômicas e sociais, tais

como o desinteresse dos pais biológicos, a pobreza, a orfandade, e as inadequações e os desajustes sociais necessitando ser incentivada pela lei.

Para reforçar tal posicionamento segue o pensamento de Venosa (2010, p. 273):

A adoção é a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. [...] a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. [...] O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Pereira (2006, p.172), leciona em sua obra que adoção é o "[...] parentesco meramente civil, entre adotante e filho adotivo, sem se expandir a outros membros da família, salvo para efeitos de impedimentos matrimoniais."

Santos (1976, p. 5), no mesmo sentido diz que "[...] adoção é ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e de filiação".

Segundo o explicitado, pode-se dizer que o ato da adoção estabelece entre o adotante e o adotado relações civis de paternidade e filiação, não se ampliando aos demais membros da família, salvo para efeitos matrimoniais.

Atualmente a adoção, tem como principal objetivo inserir uma pessoa em um ambiente familiar de maneira plena e efetiva, assegurando a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, com enfoque psíquico, educacional e afetivo.

Cabe destacar que enquanto a filiação legítima, natural, tem o seu vínculo no sangue, a adoção cria uma filiação entre as pessoas que não são ligadas pelo laço sanguíneo, mas decorrente de sentença.

Assim de maneira simplificada pode-se considerar a adoção como o instituto que permite ao menor integrar-se como filho numa família substituta desde que atendidos os requisitos da lei.

Segundo Venosa a adoção de forma mais rígida pode ser: (2007, p. 279)

[...] um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Aponta-se que apesar do decurso dos anos o instituto da adoção não perdeu sua essência, qual seja, conceder um filho a quem é naturalmente impossibilitado de adquiri-lo, portanto, hoje o instituto supramencionado é muito mais que isso, sendo certo que é considerado como um meio de se oferecer um lar digno a um menor, buscando o melhor interesse deste.

Preleciona Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2010, p. 26):

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em “ter pena” de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para solidão. O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada

Preleciona Eunice Ferreira Rodrigues Granato (2010, p. 26):

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em “ter pena” de uma criança,

ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para solidão. O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.

Não obstante a adoção deva atender as reais necessidades de uma criança ou adolescente, o instituto não deve se focar principalmente nesse objetivo e sim, preencher as suas duas finalidades fundamentais, dar uma família aos menores desamparados e dar filhos aqueles que não o podem ter biologicamente.

A adoção de acordo com o previsto no art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) é considerada como uma das modalidades de colocação do menor de 18 (dezoito) anos em família substituta, ficando condicionado o deferimento da adoção, quando apresentar reais vantagens para o adotando, art. 43 do ECA (BRASIL, 1990).

Relativo à natureza jurídica vários são os posicionamentos doutrinários a esse respeito, sendo determinado pela repercussão da realização do processo de adoção. Existe uma parcela doutrinária que a considera como um contrato enquanto a outra parte a encara como um ato solene, ou ainda, uma filiação criada por lei e por fim, outros doutrinadores vêem como um instituto da ordem pública.

Nos dizeres de Arnaldo Marmitt (1993, p. 9-10):

[...] a adoção sobressai a marcante presença do estado, estendendo suas asas protetoras ao menor de dezoito anos, chancelando ou não o ato que tem status de ação de estado, e que é instituto de ordem pública. Perfaz-se uma integração total do adotado na família do adotante,

arredando definitiva e irrevogavelmente a família de sangue.

Frente ao exposto, deve prevalecer a adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), recentemente atualizado pela lei 12.010/09 (BRASIL, 2009), e pelo Código Civil (BRASIL, 2002), com abordagens específicas.

### 2.3 Nova forma de constituição familiar

*Ab initio*, família sempre foi considerada como uma maneira de perpetuação da espécie, de maneira que a união do homem e da mulher fosse sempre símbolo de procriação e jamais, como uma forma promíscua de se viver.

Entende-se então que a união entre homens e mulheres férteis era importante e obrigatória para garantir que não ocorreria o fim da espécie humana, mas esse estereótipo advém de inúmeras influências, principalmente religiosas, de forma que a família só surgiria a partir da união do pai, da mãe e do filho natural de seus pais biológicos, indo de encontro com o conceito de família consanguínea, criando um grau natural de parentesco entre eles.

Há que se dizer também, que o conceito de família está sendo alterado no decorrer dos anos, principalmente pela influência da sociedade. Pode-se afirmar que nos tempos primitivos vários eram os fatores que possibilitava a existência da família “à moda antiga”, como se diz, o homem podia se sujeitar a relações poligâmicas, após da instituição somente das relações monogâmicas, sempre a mulher não poderia se expor a relações extraconjugais.

Além do mais, o homem possuía o pátrio poder, tudo deveria ocorrer somente com a permissão ou não do dono da casa. Porém essa não é mais realidade enfrentada

nos dias de hoje, já que a inserção da mulher no mercado de trabalho, a independência da juventude, a facilidade do divórcio tudo contribui para uma desestabilidade familiar.

Dessa forma para que a família esteja protegida, a legislação deve ser acompanhar as transformações sociais.

Um avanço jurídico nesse sentido foi o reconhecimento da união estável entre homem e mulher no Código Civil de 2002, no art. 1.723 e seguintes (BRASIL, 2002), mas isso não foi suficiente, atualmente a sociedade exige a previsão no que se refere a união estável entre pessoas do mesmo sexo o que culminou no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277.

No qual os dez ministros manifestaram-se pela procedência das referidas ações constitucionais, ao passo que reconheceu a união homens ou mulheres do mesmo sexo como entidade familiar e assim impondo a aplicação da legislação referente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). Há quem diga que esse julgamento, uma decisão unânime, no que se refere ao reconhecimento da união homoafetiva como um modelo familiar.

Dessa forma, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), considera três espécies de família, a formada pelo casamento, a união estável e a monoparental (formada por um dos genitores e descendentes).

É importante lembrar-se de mencionar sobre a família substituta, sendo esta o grande enfoque desse trabalho, uma vez que muito mais que a união matrimonializada, existe aquelas famílias unidas pela afetividade e essa sim, hoje, é o que mantêm laços mais resistentes, tornando as pessoas mais próximas independente de sexo ou raça.

Dessa forma entende-se por família substituta como sendo aquela que se propõe acolher para dentro de seu âmbito de convivência, uma criança ou adolescente, que por um

motivo ou outro tenha sido separado de sua família natural, igualando para todos os efeitos a um filho biológico.

Toma-se a partir daí como nova classificação dos grupos familiares a chamada família substituta. Nesse sentido, Rossato e Lépre assim classificam (ROSATTO, 2009, p. 16):

Família natural: formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Família extensa: formada também pelos parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Poderá evoluir para a família substituta, com algumas ressalvas.

Família substituta: formada em razão da guarda, tutela e adoção. Pode ser concedida à família extensa, com algumas ressalvas (adoção para irmãos e ascendentes), bem como a terceiros não parentes

A legislação infraconstitucional, lei 12.010/09 (BRASIL, 2009) inova no que tange o conceito de família extensa ou ampliada, *in verbis*:

Art. 25. [...]

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

É cristalina a intenção do legislador, sendo que a família extensa ou ampliada é a garantia da família substituta, ou seja, quando a criança ou adolescente não tem condições de conviver com sua família natural, essa deve se

sujeitar a algumas das modalidades de recolocação do menor em uma família, contudo, há que se ressaltar que essa situação somente deve ser adotada como medida de exceção.

Assim tem-se o art. 1º, § 2º, da nova lei:

Art. 1º [...]

§ 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal (BRASIL, 1990).

Para que o direito constitucional seja devidamente colocado em prática se faz necessário que o menor receba amor e compreensão, devendo ser criada em um ambiente de afeto e segurança.

Da ausência da família natural, a pessoa desamparada será colocada em uma família substituta. Para este caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 28, devidamente atualizado pela lei 12.010/09 (BRASIL, 2009), prevê três possibilidades: a guarda, a tutela e a adoção. Sendo a última a base do presente estudo.

A medida de assistência e de proteção plena que melhor ampara os interesses prioritários do menor colocado em família substituta é, sem dúvida nenhuma, a adoção, que, ensina Diniz (2002, p. 416):

[...] Vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente,

lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante

Dessa maneira, em sendo caso de aplicação da adoção, e apresentando condições que venham a garantir o melhor interesse do menor, este deve ser colocado em família substituta. E por que não ser uma família constituída por pessoas do mesmo sexo? Nesse sentido, necessário se faz a abordagem da homoafetividade tão comum nos dias atuais.

A família sempre foi considerada como uma maneira de perpetuação da espécie, de maneira que a união do homem e da mulher fosse sempre símbolo de procriação e jamais, como uma forma promíscua de se viver.

Como já exposto nesse trabalho, era importante e obrigatória a união de homens e mulheres férteis para garantir que não ocorreria o fim da espécie humana, mas esse estereótipo advém de inúmeras influências, principalmente religiosas, de forma que a família só surgiria a partir da união do pai, da mãe e do filho natural de seus pais biológicos, indo de encontro com o conceito de família consanguínea, criando um grau natural de parentesco entre eles.

Pode-se afirmar também, que o conceito de família está sendo alterado no decorrer dos anos, principalmente pela influência da sociedade. Há que se dizer, que nos tempos primitivos vários eram os fatores que possibilitava a existência da família “à moda antiga”, como se diz, o homem podia se sujeitar a relações poligâmicas, após da instituição somente das relações monogâmicas, sempre a mulher não poderia se expor a relações extraconjugais.

Além do mais, o homem possuía o pátrio poder, tudo deveria ocorrer somente com a permissão ou não do

dono da casa.

Contudo, nos dias atuais a mulher inserida no mercado de trabalho, a independência da juventude, a facilidade do divórcio tudo contribui para uma desestabilidade familiar.

Dessa forma para que a família esteja protegida, a legislação deve ser acompanhar as transformações sociais.

Dessa forma, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL), 1988), considera três espécies de família, a formada pelo casamento, a união estável e a monoparental (formada por um dos genitores e descendentes).

Não se pode, entretanto, esquecer de comentar sobre a família substituta, sendo esta o grande enfoque desse trabalho, uma vez que muito mais que a união matrimonializada, existem aquelas famílias unidas pela afetividade e essa sim, hoje, é o que mantêm laços mais resistentes, tornando as pessoas mais próximas independente de sexo ou raça.

Assim, entende-se por família substituta como sendo aquela que se propõe acolher para dentro de seu âmbito de convivência, uma criança ou adolescente, que por um motivo ou outro tenha sido separado de sua família natural, igualando para todos os efeitos a um filho biológico.

A lei 12.010/09 também inova no que tange o conceito de família extensa ou ampliada vem expresso na nova lei:

Art. 25. [...]

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL,

É claro a intenção do legislador, sendo que a família extensa ou ampliada é a garantia da família substituta, ou seja, quando a criança ou adolescente não tem condições de conviver com sua família natural, essa deve se sujeitar a algumas das modalidades de recolocação do menor em uma família, contudo, há que se ressaltar que essa situação somente deve ser adotada como medida de exceção.

Neste sentido é o art. 1º, § 2º, da nova lei:

Art. 1º [...]

§ 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal (BRASIL, 1990).

Fica claro que a colocação em família substituta é medida de exceção, sendo certo que a criança ou adolescente sempre que possível deve ser criado junto de sua família natural.

O artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) fixa como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para que a garantia constitucional seja colocada em prática é necessário que o menor receba amor e compreensão, devendo ser criada em um ambiente de afeto e segurança.

Na falta da família natural, a pessoa desamparada será colocada em uma família substituta. Para este caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 28, devidamente atualizado pela lei 12.010/09 (BRASIL, 2009), prevê três possibilidades: a guarda, a tutela e a adoção. Sendo a última a base do presente estudo.

A medida de assistência e de proteção plena que melhor ampara os interesses prioritários do menor colocado em família substituta é, sem dúvida nenhuma, a adoção, que, ensina Diniz (2012, p. 416):

[...] Vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante.

Dessa maneira, em sendo caso de aplicação da adoção, e apresentando condições que venham a garantir o melhor interesse do menor, este deve ser colocado em família substituta. E por que não ser uma família constituída por pessoas do mesmo sexo? Nesse sentido, necessário se faz a abordagem da homoafetividade tão comum nos dias atuais.

### 3 DA REGULAMENTAÇÃO DA ADOÇÃO

Em 03 de agosto de 2009 foi promulgada no Brasil a lei 12.010/09 (BRASIL, 2009) que regulamenta o instituto da adoção já existente, com intuito de prevenir o afastamento do convívio familiar e comunitário, além de simplificar o processo de adoção e evitar o prolongamento

de crianças e adolescente em abrigos.

A nova lei dispôs sobre algumas alterações no instituto da adoção, tornando os requisitos mais rígidos, com escopo de valorizar ainda mais o bem estar do adotando.

Nesse espeque Nelson Rosenvald comenta (2010, p. 913):

[...] essa nova visão sobre a adoção, fundamentada na proteção integral e na real vantagem para o adotando, decorrente do Texto Constitucional vinculou o tecido infraconstitucional, motivo pelo qual o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive com as modificações impostas pela Lei nº 12.010/09 - Lei Nacional de Adoção preservam as linhas gerais protecionistas.

A regulamentação da adoção se depara com certo inconveniente, uma vez que é regida por dois diplomas legais, o Código Civil (BRASIL, 2002) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Ocorre que apesar de inicialmente parecer um problema, não se passa apenas de certa displicência legislativa, vez que o Código Civil (BRASIL, 2002) além de abordar sobre a adoção de menor, legisla sobre a adoção dos maiores de 18 anos.

Ao passa que no que se refere a adoção de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e Adolescente (BRASIL, 1990) por se tratar de lei especial no assunto, prevalece sobre a lei geral, o Código Civil (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, não existem grandes incompatibilidades entre os dois diplomas, contudo, em algumas questões podem surgir alguns problemas de interpretação dando margem a controvérsias

desnecessárias.

Nas questões como a proibição de adotar mediante procuração; quanto ao estágio de convivência; quanto ao não restabelecimento do poder familiar dos pais naturais em caso de morte dos adotantes; quanto à proibição de adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando e quanto à revogabilidade o Código Civil (BRASIL, 2002) diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) silencia quando a resolução desses conflitos.

Sem embargo, permanece em vigor os dois diplomas legais dentro de suas limitações, vez que estes não se encontram em oposição.

### **3.1 Requisitos e efeitos da adoção**

O artigo 42 do ECA (BRASIL, 1990) passou por atualização com a Lei 12.010/09 (BRASIL, 2009), passando a prever que somente podem adotar as pessoas maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil.

Vislumbra-se, portanto, que a um primeiro momento, ficou estabelecida somente uma limitação de idade para os adotantes. Assim, pode-se afirmar, que nenhuma menção foi feita com relação a opção sexual a que o adotante se sujeita, sendo certo que toda e qualquer pessoa que preencha os demais requisitos legais e que reste provado que atende o melhor interesse do adotando poderá adotar

Destaca-se que se a adoção é de adolescente além do consentimento de seus pais ou representantes legais será necessário a manifestação de vontade do próprio infante. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido Maria Berenice Dias explana que (2007, p. 217):

A adoção por pessoa solteira também faz surgir um vínculo monoparental. A inseminação artificial por mulher solteira ou a fecundação homóloga após a morte do marido são outros exemplos. A entidade familiar chefiada por algum parente que não um dos genitores, igualmente, constitui vínculo monoparental. Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros com os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para se ter configurada uma família monoparental.

Nesse sentido, Lôbo discorre (2009, p. 255):

A estabilidade é uma situação de fato, assegurada na convivência familiar autônoma dos que desejam adotar. Não basta o casamento ou a prova de união estável; mister se faz que o casal pretendente da adoção demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente, de modo que a idade reduzida de um deles não constitua risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação.

É imperioso reforçar, como disposto no art. 39 do ECA (BRASIL, 1990) a adoção deve ser aplicada somente como “[...] medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, [...]”.

Dessa maneira, verifica-se que de acordo com o previsto no ECA (BRASIL, 1990), somente os menores de dezoito anos podem ser adotados. Assim, por força do art. 2º do mesmo diploma, considera criança os menores de 12 (doze) anos e o menor com faixa etária entre doze e dezoito anos incompletos como adolescente.

Contudo, os maiores de dezoito anos não estão excluídos da possibilidade de serem adotados, ocorre que tal situação será regida pelo Código Civil (BRASIL, 2002), sendo que tal diploma é definido pela idade completa na data da propositura do pedido, conforme disposto no artigo 40 do ECA (BRASIL, 1990). Caso o diploma legal não tenha sido averiguado, só será válida a sentença deferindo a adoção para maior de 18 (dezoito) anos proferida pelo Juízo da Infância e da Juventude, no caso da pessoa estar sob a guarda ou tutela dos adotantes (segunda parte do artigo 40 c/c com o parágrafo único do artigo 2º do ECA).

De maneira cristalina verifica-se no artigo 45 do ECA (BRASIL, 1990) que a adoção depende da aquiescência dos pais ou do representante legal do adotando, e que uma vez proferido jamais é revogado. Tal consentimento somente será dispensado na hipótese de os pais da criança ou adolescente serem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (artigo 45, § 1º). Destaca-se que se a adoção é de adolescente além do consentimento de seus pais ou representantes legais será necessário a manifestação de vontade do próprio infante. (BRASIL, 1990).

É perceptível a intenção do legislador em garantir amparo a família natural ao colocar a manifestação de vontade como requisito indispensável, evitando que crianças ou adolescentes sejam retirados de sua família de maneira arbitrária.

Realizada a manifestação de vontade a autoridade

judiciária competente, ao passo que o juízo competente para apreciar o pedido de adoção é da vara da Infância e da Juventude, a qual irá determinar a abertura do processo, designando um assistente social, para que se verifiquem as reais condições de vida, o estado civil e a intenção do adotante, verificando simultaneamente, a medida do possível, se a adoção tem motivação legítima e se irá trazer benefícios para o menor. (DIAS, 2010).

Deve ser determinado pelo juiz um período denominado como estágio de convivência, atendendo as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso, com escopo de aferir a adequação e convivência do adotando ao novo lar, consolidando a vontade de adotar e de ser adotado.

O estágio de convivência é uma medida essencial dentre as outras nesse procedimento, pois o adotando viverá neste novo lar e por diversas razões pode vir a sentir sérias dificuldades de adaptação, o que poderá até mesmo inviabilizar a adoção. (DIAS, 2010).

Dessa feita, a chamada Lei da Adoção (BRASIL, 2009), bem como o ECA (BRASIL, 1990), na tentativa de garantir o melhor interesse do menor não consegue agilizar a adoção, acabando por impor obstáculos para sua concessão. Ocorre que todas as medidas, apesar de burocráticas, são necessárias vez que definirá o novo lar, o seio familiar em que o infante será educado, bem como deve-se a todo custo priorizar a família natural e em ultimo caso, destinar um melhor ambiente para a criação do individuo.

É expressamente proibida a adoção por procuração, medida essa adotada com escopo de garantir a segurança do adotando, de acordo com previsão expressa no parágrafo segundo do artigo 39 do Estatuto (BRASIL, 1990).

## 4 DA RELAÇÃO HOMOAfetiva

### 4.1 Traços históricos

A homossexualidade acompanha a história da humanidade, não se sabe em qual período específico se deu sua origem. Sabe-se que desde os povos selvagens, como nas antigas civilizações, esta se manifesta, ficando conhecida pelos romanos, gregos, assírios e egípcios. Os egípcios acreditavam que através do esperma do homem se transmitia nobreza e heroísmo, porém permeada de preconceitos sociais, o que prevalece até à atualidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias a homossexualidade (DIAS, 2010, p. 192):

Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas tem de conviver com a homossexuais. É simplesmente outra forma de viver.

Na Grécia, segundo Rose Marie Muraro (apud SAPKO, 2010, p. 53) homossexualidade:

[...] era muito difundida entre os homens, seja pela reclusão das mulheres, seja pelas grandes jornadas militares que eles eram obrigados a fazer. A homossexualidade feminina, de que a poetisa Sappho (625-580 a. C) foi o maior símbolo, não podia acontecer em uma sociedade como Atenas, onde as mulheres eram degradadas e umas eram rivais de outras em busca dos melhores provedores, mas sim em Lesbos (uma ilha do Mar Egeu) onde a sociedade aceitava tanto homens como mulheres e os educava conjuntamente, e onde era permitido

guardar na maturidade os mesmos laços adquiridos desde a infância.

A homossexualidade masculina, contudo, era plenamente aceita em Atenas e, até, sob certo aspecto, vista como superior à heterossexualidade. Platão, no Discurso de Aristófanes, ao falar sobre o mito da origem dos três sexos, e mais especificamente “[...] aos homens que sentem prazer em deitar-se e serem abraçados por outros homens [...]”, não disfarçava esta concepção:

Há quem pretenda que eles não tem vergonha. Não é verdade: pois não é por imprudência, mas por audácia, coragem e virilidade, que eles assim procedem, amando o que lhes é semelhante. E eis uma prova decisiva: quando atingem seu completo desenvolvimento, os jovens que possuem esta natureza são os únicos a se portarem como verdadeiros servidores do Estado. (PLATÃO, apud SAPKO, 2010, p. 54).

Em Roma, igualmente, a prática homossexual era aceita, estando presente, vivamente, na literatura, embora apenas a homofilia ativa fosse praticada ostensivamente, ao contrário da passiva, associada à impotência política.

Esta abertura com que foi o tema tratado nas sociedades greco-romanas, entretanto, contrapõe-se ao preconceito e à intolerância a estas práticas que teve início na Idade Média, alicerçada, basicamente, na doutrina católica.

O texto bíblico, tradicionalmente, serviu como argumento mais forte sobre a natureza pecaminosa do homossexualismo, sendo célebre a narrativa sobre Sódoma e Gomorra – veja-se que até o século XIX, sequer existir o termo homossexualismo, sendo, as pessoas com esta orientação sexual, chamadas de “sodomitas”, em alusão à

cidade de Sodoma.

Os teólogos da Idade Média retrataram, com precisão, a orientação da Igreja na época (e que perdurou por séculos), vendo a sexualidade com um enroque pecaminoso e negativo, condenando este tipo de prazer, só tolerado pela vinda dos filhos. Santo Agostinho foi o primeiro a sintetizar este pensamento, visto sobre o enfoque da homossexualidade.

Tomás de Aquino, embora dotado de uma visão mais positiva do sexo, continuou a assentar a fecundidade como fundamental, razão pela qual o homossexualismo era visto como algo intolerável, respaldando, com isto, os atos da Santa Inquisição, que promoveu a execução de muitos homossexuais na fogueira (AQUINO, apud SAPKO, 2010).

Este entendimento, de resto, veio até nossos dias, sendo conhecida a frase do Papa Pio XI de que “[...] é uma licenciosidade criminosa essa, que alguns se arrogam, porque só desejam satisfazer os eu prazer, sem a carga dos filhos [...]” ao condenar o onanismo (apud SAPKO, 2010, p. 681)

Apesar das proibições da Igreja, a relativa impunidade das relações homoeróticas entre mulheres foi uma característica geral. Sociedades europeias nos séculos XVI e XVII, em contraposição à perseguição feroz imposta aos sodomitas, talvez porque as relações entre mulheres fosse menos visíveis do que aquelas praticadas por homossexuais masculinos.

Nota-se, contudo, que não foi só o Cristianismo que condenou as práticas homossexuais. Os países islâmicos e muçulmanos, mesmo nos dias de hoje, ainda cominam pena de morte aos homoafetivos, sejam masculinos, sejam femininos, vendo na prática homossexual uma violação da lei sagrada.

Esta mudança de visão sobre a homossexualidade no meio científico, contudo, não pôs fim à luta pelo

reconhecimento dos direitos das pessoas que têm esta orientação sexual, destacando-se, dentre eles, o direito de serem disciplinadas suas uniões como entidades familiares, o que, sem dúvida, têm importantes reflexos pessoais, sociais e econômicos para os homoafetivos, como se verá a seguir.

Sabe-se que em 28 de junho de 1969 (DIAS, 2001) foi realizada uma rebelião de travestis em Nova Iorque, em que ficou consagrado essa data como o Dia do Orgulho Gay. Em decorrência desse fato, em diversas regiões do mundo, foram realizadas manifestações em que ensejaram no reconhecimento de direitos relativos a união homoafetiva, a começar em 1989, na Dinamarca, primeiro país a aceitar o casamento entre pares homoafetivos, garantindo aos mesmos todos os benefícios sociais.

No Brasil, em 2006, e também em outras épocas, foram realizadas em diversas capitais do país manifestações denominadas como “Parada Gay”, em que a população gay, bem como seus adeptos, manifestava pela Diversidade Sexual, tendo apoio da imprensa, os quais objetivavam o reconhecimento amplo de seus direitos.

## 4.2 Princípios norteadores

A sociedade atual como um todo, na medida em que lutam na busca de derrubar esses preceitos, baseando-se na dignidade da pessoa humana na igualdade, diminuindo a discriminação em relação à homossexualidade. Ocorre que a mesma sociedade que defende esses direitos por meio de seu instrumento de ordenação do Estado, é a mesma que a rotula essa prática como imoral ou amoral, sem haver uma fundamentação mais apurada como bem prega a Igreja Católica por anos. (DIAS, 2010).

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 63):

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue vislumbrar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Como se não bastasse a garantia a dignidade humana, a Lei Maior estabelece como direito fundamental em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988) e, ainda como objetivo fundamental promover o bem de todos sem qualquer forma de preconceito (artigo 3º, IV da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

De igual forma o princípio da isonomia tem como fundamento, que todos nasçam e vivam com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado, a Constituição Federal veda expressamente nesse contexto como cláusulas discriminatórias, as distinções em relação a raça, cor, origem, idade, sexo, deficiência física e estado civil sendo cláusulas meramente exemplificativas.

## 4.3 A legislação e a adoção por casal homossexual

Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Na intenção de proteger à mulher, surgiu o supramencionado enunciado, determinando a participação dos bens adquiridos durante o período de convivência e, em geral, registrados somente em nome do varão. Cabe lembrar que tal súmula foi editada em 1963, portanto antes

da constitucionalização da relação concubinária. Inclusive, nem era mais invocada pela jurisprudência, na solução das demandas que envolviam uniões heterossexuais, pois esse tema já era tido como superado, uma vez que prevalece o entendimento da mútua colaboração para determinar a partilha igualitária dos bens.

Quando se trata de separação dos conviventes essa solução se afigura aparentemente justa. No entanto, se o fim do relacionamento decorre da morte de um dos parceiros, a injustiça dessa solução é flagrante. Com a separação, cada um recebe metade do patrimônio adquirido durante o período da vida em comum. Mas na hipótese de falecimento, outorgar somente a meação dos bens ao sobrevivente que dedicou a vida ao companheiro, dá ensejo ao enriquecimento dos familiares, que na maioria das vezes pouco conviveu com o falecido, ou como acontece nos dias de hoje, os tinha abandonado em vida, inclusive pela sua opção sexual.

Em se tratando da homossexualidade a questão da adoção é uma matéria extremamente polêmica e tal situação, tem ensejado inúmeras discussões, seja no meio social, jurídico e religioso.

Ao passo que quando se trata da adoção inexistem qualquer proibição na legislação infraconstitucional ou constitucional, pois a capacidade para adotar nada tem a ver com a sexualidade do adotante, sendo expresso no art. 42 do ECA (BRASIL, 1990) apenas, uma limitação etária, ao dizer: "Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil". Além do que, ou acima de tudo deve-se prevalecer o princípio do art. 43 do ECA (BRASIL, 1990): "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo". (DIAS, 2010).

O Superior Tribunal de Justiça no informativo nº 0432, apresentou em um julgado em que foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão o que se segue:

MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a

qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, quanta turma, julgado em 27/4/2010).

No mesmo sentido, a Câmara do Legislativo Nacional analisa projeto, que proíbe adoção de crianças por casais do mesmo sexo:

A Câmara analisa o Projeto de Lei 7018/10, que proíbe a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo (homoafetivos). A proposta, do deputado Zequinha Marinho (PSC-PA), altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei 8.069/90). Atualmente, para o caso de adoção conjunta (feita por casais), o estatuto exige que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. O texto proposto pelo autor acrescenta a esses requisitos a vedação explícita de os casais serem constituídos por pessoas do mesmo sexo. Na opinião de Marinho, a adoção por casais homossexuais expõe a criança a sérios constrangimentos. "O filho terá grandes dificuldades em explicar aos seus amigos e colegas de escola por que tem dois pais ou duas mães", exemplifica. O parlamentar sustenta ainda que a instituição familiar é constituída obrigatoriamente a partir da união de um homem e uma mulher. (Comissão da Diversidade Sexual OAB-MT. Projeto proíbe adoção de crianças por casais do mesmo sexo. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=43394](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=43394)>. Acesso em 28 de ago 2014).

Mas existem opiniões favoráveis a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, que no caso da adoção se tornar prática aceita pela sociedade e a justiça, corroborará com o abandono de crianças, vez que elas terão oportunidade de compor uma nova família, e também

trará a realização do desejo dos homossexuais em terem filhos, e assim, conseqüentemente diminuiria o número de crianças em instituições abrigacionais.

De acordo com pensamento de Pereira (2000, p. 115):

[...] totalmente diferente da biológica, a adoção é uma modalidade de assunção de paternidade que, obviamente, não decorre do acaso. É paternidade extremamente responsável, pois escolhida, pensada, amadurecida, muitas vezes por longo período. Representa o maior exemplo da paternidade socioafetiva, aquela que se reveste de maior autenticidade e, por isso, verdadeira na mais significativa acepção do termo.

A propósito BEVILAQUA escreve (2000, p.822):

O que é preciso, porém, salientar é a ação benéfica, social e individualmente falando, que a adoção pode exercer na sua fase atual. Dando filhos a quem não tem pela natureza, desenvolve sentimentos afetivos do mais puro quilate, e aumenta, na sociedade, o capital de afeto e de bondade necessário a seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar, filhos privados de arrimo ou de meios idôneos, aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, a que pertence.

Como se pode notar, alguns países já permitem a adoção por homoafetivos, como exemplo a Holanda, o Canadá, e recentemente na Suécia, Noruega e Califórnia na hipótese de se adotar o filho do parceiro. Na França e

na Inglaterra os homossexuais solteiros podem adotar, mas casais não. E na Hungria têm sido feitas algumas mudanças em suas legislações para autorizar que pares homoafetivos adotem crianças.

Segundo Dias (2004, p. 124): “As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães”.

No caso da adoção por pares homossexuais, José Luiz Mônaco da Silva, coaduna no mesmo sentido: (2007, p. 95)

O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade. Assim, se ele cuidar e educar a criança dentro dos padrões aceitos pela sociedade brasileira, a sua homossexualidade não poderá servir de pretexto para o juiz indeferir adoção (e tampouco a guarda ou a tutela) pleiteada.

Esse assunto ainda gera diversos posicionamentos, tanto contra ou a favor, e o debate quanto à adoção por pares homoafetivos, no mesmo entendimento, é de grande relevância, vez que tudo se trata principalmente do melhor interessante para o menor.

Ao passo que quando se trata da adoção inexiste qualquer proibição na legislação infraconstitucional ou constitucional, pois a capacidade para adotar nada tem a ver com a sexualidade do adotante, sendo expresso no art. 42 do ECA (BRASIL, 1990) apenas, uma limitação etária, ao dizer: "Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil". Além do que, ou acima de tudo deve-se prevalecer o princípio do art. 43 do ECA (BRASIL, 1990): "A adoção será deferida quando

apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivo legítimo". (DIAS, 2010).

Em contrapartida, existem outros argumentos que se colocam como impedimento para a adoção por pares homossexuais, levando-se em consideração o ordenamento jurídico como todo, há quem afirme existir uma vedação legal, inserta no art. 370 do Código Civil (BRASIL, 2002), que estabelece que "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher".

Apesar de não vigorar ao tempo dessa decisão, há que se destacar que como já exposto no estudo com o julgamento das ações constitucionais, ADPF 132 e da ADI 4277 a união homoafetiva deve ser considerada como um modelo familiar e regida pelos disposições legais referentes a união estável entre homem e mulher, ou seja, art. 1.723 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002).

Dessa feita, é notório que o respaldo legal para a adoção por casal homoafetivo ser realizada é cada vez mais amplo, o que por si deveria inibir as manifestações discriminatórias apresentadas nesse sentido. E cada vez mais, a adoção deveria ser aceita, até mesmo por representar um instituto admirável pelo fato de se incluir um estranho no meio familiar já constituído.

Toda a sociedade vem se desenvolvendo rapidamente, e muitas transformações estão ocorrendo e por ser um fenômeno social, têm grande relevância para o direito. Dessa maneira, acredita-se que o ordenamento jurídico como um todo deve se chegar a um posicionamento uníssono aplicável a todos os conflitos surgidos nesse sentido.

## 5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que a adoção trata-se de um instituto regulamentado no Brasil tanto pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) tanto

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 12.010/09 (BRASIL, 2009) no qual, é perceptível os diversos requisitos para concessão da adoção.

É evidente a inexistência de qualquer dispositivo legal que estabeleça a determinação quanto a opção sexual do adotante, nem tampouco pela constituição familiar em que se subestimam.

Dessa forma, o só fato dessa nova concepção acarretar consequências imaginárias na vida de um menor, bem como de existir previsão no sentido que a família deve ser formada por um homem e uma mulher, não passam de percepções discriminatórias que não atendem mais a nova realidade social e desse modo, não pode vigorar, tendo em vista que o ordenamento jurídico deve ser o retrato da sociedade.

Assim sendo, a não concessão da adoção ao casal homoafetivo está em desacordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, o qual a Constituição prevalece em que todos devem ser tratados iguais sem discriminação.

Uma realidade que ao poucos vem tomando força no mundo jurídico e que como toda a história da adoção, este será somente um entrave para alcançar de maneira mais eficiente seu objetivo, sendo certo que a intenção de constituir uma família com solidariedade e afeto deve prevalecer, observando, ainda, que o menor para adoção é fruto de uma relação hétero, que por simples vontade ou causa superveniente, não se viu em condições de cuidar, educar e dar amor. Logo, obstáculos colocados por orientação sexual, em nada garantem que os interesse da criança ou adolescente serão protegidos.

A adoção por si, guardadas as exceções, demonstra a vontade da constituição familiar, seja qual for o modelo ou parâmetro e cabe ao Direito, a forma direta de se chegar a justiça, em seu caráter dinâmico, acompanhar e suprir os anseios da sociedade, resguardando os interesses de todos,

principalmente quando tratadas questões tão nobres quanto efetivar uma vontade somada a um direito do que está para a adoção bem como do que quer adotar.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 set 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 set 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 13 set 2018.

COLANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Comissão da Diversidade Sexual OAB-MT. **Projeto proíbe adoção de crianças por casais do mesmo sexo**. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=43394](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=43394)>. Acesso em 28 de set 2018

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**. Preconceito e Justiça. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. atual e ampliada. RT: São Paulo, 2006

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias Homoafetivas**. Revistas Juristas, João Pessoa, a. III, n.92, 19/09/2006. Disponível em: <[http://www.juristas.cim.br/mod\\_revistas.asp?ic=2012](http://www.juristas.cim.br/mod_revistas.asp?ic=2012)>. Acesso em: 19 set.2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família**. Curso de direito civil brasileiro. 17. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família**. Curso de direito civil brasileiro. 17. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 5. 15 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSELVALD, Nelson. **Diretos das Famílias**: De acordo com a Lei nº

11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei 11.441/2007 – Lei de Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por Homossexuais a Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá Psicologia, 2010.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2010.

GAGLIANO, Paplo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Contratos, Tomo I, Volume IV, 2ª Edição revista e atualizada e reformada. Saraiva: São Paulo, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. **Adoção Plena.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Adoção Plena.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção - Doutrina e Prática.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

IOLOVITCH, Lúcia Brossard; MACHADO, Renata Mendes Santa Maria. **Famílias Plurais e a Adoção.** In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e estruturas familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LÔBO, Paulo, Direito Civil. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção.** Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** vol.II. 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** vol.II. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30.ed.rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 16. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ivonete de Magalhães. **A Nova Lei de Adoção Comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROLIM, Marcos. **Casais Homossexuais e Adoção**. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>>. Acesso em 22 de set 2018.

ROSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei nacional da adoção**- lei 12. 010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12. 003 e Lei 12.004. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Direito Das Famílias**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SABINO, Warlem. Adoção por casais homossexuais. Da editoria de Política. Disponível em: <<http://inovaglttb.blogspot.com>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SUANNES, Adauto. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. COAD, edição especial, out-nov, 1999.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por homossexuais. São Paulo: Editora Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito da Família**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

YAMAOKA, Marta Wiering. **União Homoafetiva e adoção de crianças**. Revista Jurídica Consulex. Ano XV-  
nº 347, 1º jul.2011

ISBN: 978-85-434-1587-1

